

DIE VERWARNUNG MIT STRAFVORBEHALT

Entstehungsgeschichte, Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip
und Verhältnis zu den §§ 153, 153 a StPO

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

Erlangung der Juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
EBERHARD BRAUN
aus Achern/Baden-Württemberg

1979

D I E V E R W A R N U N G
M I T S T R A F V O R B E H A L T

Entstehungsgeschichte, Vereinbarkeit mit dem Schuld-
prinzip und Verhältnis zu den §§ 153, 153a StPO

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

Erlangung der Juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

EBERHARD B R A U N

aus Achern/Baden-Württemberg



G L I E D E R U N G

	Seite
A EINLEITUNG UND STRAFRECHTSGESCHICHTE	1
I. Aufgabenstellung	1
1. Umstrittene Entstehung und Existenz der Verwarnung mit Strafvorbehalt	1
2. Reaktionen der Praxis	4
a) Abgrenzung zur Verwarnung unter Strafvorbehalt	4
b) Anwendungshäufigkeit in der Praxis	5
3. Strukturprinzipien der Gesetz gewordenen Verwarnung mit Strafvorbehalt	9
4. Historischer Ansatz	10
II. Formale und materielle Gestaltungsgrenzen der Verwarnung mit Strafvorbehalt	11
1. Regelung im E 1936 und Wortinterpretation	11
2. Formale Gestaltungsmöglichkeiten	11
a) Die Rechtsnatur der Entscheidung als Abgrenzungskriterium	12
b) Abgrenzung nach geographischen Rechtskreisen	13
c) Gliederung nach Verfahrensstadien	13
3. Der zeitliche Ablauf des Verfahrens und die Zäsurzeitpunkte	14
a) theoretische Möglichkeiten	14
b) der zeitliche Verfahrenseinschnitt bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt	15
4. Materielle Kriterien der Verwarnung mit Strafvorbehalt gemäß § 59 StGB	16
a) ein kriminalpolitisches Element	17

III

	Seite
b) ein spezial-präventives Element	17
c) Effektivität des Straffolgensystems	17
d) ein Sanktionselement	17
III. Strafrechtshistorische Wurzeln: Bedingte Verurteilung - Aussetzung auf Wohlverhalten - Friedensbürgschaft	19
1. Problematik des uneinheitlichen Sprachgebrauchs	19
2. Entstehung der Sursis-Modelle	21
3. Historische Rechtsinstitute mit ähnlichen Zielen	23
4. Entwicklung des Probationsmodelles	26
a) sentence, conviction	26
b) recogniscance	27
5. Die englischen Friedensbürgschaften als Vorläufer der "Verwarnung"	28
a) recogniscance for the peace and good behaviour	28
b) Inhaltskontrolle anhand formeller und materieller Kriterien	30
c) Entwicklung des gesetzgeberischen Anwendungsbereichs	31
d) Zusammenfassung	32
B DISKUSSION IN DER REFORMGESETZGEBUNGSGESCHICHTE, MOTIVE UND HAUPT EINWÄNDE	35
I. Überblick	35
1. Zeitliche Gliederung	35
2. Zusammenfassende Untersuchung	35

II. Die gesetzgeberischen Motive zum Vorschlag der Einführung einer Verwarnung mit Strafvorbehalt im E 1936	37
1. Ausnahmeregelung und Erziehungscharakter	37
2. Institut soll "Knochenerweichung des Strafrechts" eindämmen	38
3. Einwände in der Diskussion	39
III. Argumente für die Einführung der Verwarnung mit Strafvorbehalt in der Großen Strafrechtskommission und im Sonderausschuß Strafrechtsreform	40
1. Der Kampf gegen die kurzfristige Freiheitsstrafe	40
2. Die Vermeidung des Makels der Vorstrafe	42
a) Registervorschlag von Jescheck	42
b) der Vorwurf der gesetzlich sanktionierten Lüge	43
3. Sonstige Argumente für die Einführung des Instituts	45
a) Bereicherung des Reaktionskataloges	45
b) weitere Gründe	46
IV. Einwände und Gegenargumente	50
1. Vorbemerkung	50
2. Verstoß gegen das Schuldprinzip	51
a) der Vorwurf Dreher's	51
b) der Vorschlag von Welzel	52
c) das Problem der Doppelbestrafung	53
d) Einwand und Begründung von Gallas	53
e) weitere Stimmen	55



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545301_0009

	Seite
3. Keine Beseitigung des Vorstrafenmakels	55
4. Umgehung der Registerproblematik?	57
5. Verhältnis zu prozessualen Lösungen	59
6. "Bewährung" kombiniert mit Registerlösung?	61
a) Allgemein	61
b) Die Beschränkung auf die Bewährungsregelung	62
c) Plädoyer für die Registerlösung	63
7. Aufweichung des Strafsystems	65
8. Spannung zum Ordnungswidrigkeitenrecht	65
9. Eignung zur Resozialisierung?	66
10. Praktikabilität	67
V. Zusammenfassung und Beurteilung	68
1. Ausnahmeinstitute und Erziehungscharakter	68
2. Bedeutung des Ansatzes "Kampf gegen die kurzfristige Freiheitsstrafe"	70
a) Große Strafrechtskommission	70
b) Sonderausschuß Strafrechtsreform	72
c) Entwicklungstendenzen	73
d) Zusammenfassung	74
3. Wird der Makel der Vorstrafe vermieden?	75
a) begrifflicher und empirischer Unterschied	75
b) die Problematik der Registerlösung	76

	Seite
4. Erweiterung des Reaktionskataloges	78
5. Wertung der Gegenüberstellung befürwortender und ablehnender Stellungnahmen	79
6. Verstoß gegen das Schuldprinzip?	79
7. Umgehung einer bedingten Verurteilung?	80
8. Bedeutung des Alternativentwurfes	83
9. Ergebnis	85
C ABGRENZUNG UND RECHTSNATUR DER VERWARNUNG MIT STRAFVORBEHALT, INSBESONDERE DAS VERHÄLTNIS ZU §§ 153, 153a StPO	86
I. Verwarnung und benachbarte Regelungsinstitute	86
1. Fragestellung	86
2. Oberbegriff bedingte Verurteilung?	87
3. Die Regelung der Strafaussetzung zur Be- währung	38
4. Absehen von Strafe - § 60 StGB	89
5. Gnadenakte	90
II. Ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt Kriminal- strafe?	91
1. Verhältnis der §§ 59 ff. StGB zu § 60 StGB	91
2. Das Wesen der Strafe	93
3. Stellungnahmen in der Literatur zur Rechts- natur der Verwarnung mit Strafvorbehalt	96
4. Problematik der Auflagen	97
a) Strafcharakter der Auflagen	97
b) Regelung im JGG	98
c) Strafe muß repressiv sein	99

5. Zusammenfassung	100
III. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt als Durchbrechung des Legalitätsprinzips	101
1. Die Frage nach der prozessualen Legitimität	101
2. Ist das Legalitätsprinzip generell noch gewahrt?	102
a) Einschränkung des Legalitätsprinzips	103
b) Einstellung gemäß § 153a StPO	104
3. Verhältnis von § 59 StGB zu den prozessualen Instituten	105
4. Entwicklung des Begriffs des Legalitätsprinzips	107
a) ursprünglicher Bedeutungsumfang	107
b) ist das Prinzip trotz Durchbrechung noch gewahrt?	109
5. Legalitätsprinzip und Gerechtigkeitsverwirklichung	109
a) Differenzierung der Gerechtigkeitsbegriffe	110
b) Strafe als distributive Gerechtigkeit	111
6. § 59 StGB und Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip	112
7. Ist die Verwarnung ein prozessuales Institut?	113
IV. Verhältnis zu §§ 153, 153a StPO	116
1. § 153a StPO und die Problematik der Bagatelldelikte	116
2. Die Entwicklung in Österreich	120
3. Prozessuale Erledigung der Kleinkriminalität	121
4. § 153a StPO hat keine materiell-rechtliche Entsprechung	122
5. Überschneidungsfälle von §§ 59 ff. StGB und §§ 153, 153a StPO	123

	Seite
6. Rechtsnatur der §§ 153, 153a StPO	124
a) Bedeutung	124
b) Ansatzpunkte zur Qualifizierung	125
c) Die Thesen von Krümpelmann	126
7. Methodischer Ansatz in der Prozeßrechtslehre	127
a) Opportunitätsgedanke im Strafrecht	127
b) Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidung	128
c) Erscheinungsformen	129
d) reale Parallelität	129
e) antizipierende Parallelität	130
8. §§ 153, 153a StPO als materielle Institute	132
a) materieller Strafausschließungsgrund	132
b) Verhältnis zu § 59 StGB	133
D VERWARNUNG MIT STRAFVORBEHALT UND SCHULDGRUNDSATZ	136
I. Problemstellung	136
1. Kommensurabilität der Verwarnung zur Strafe	136
2. Klärung des Vorverständnisses	138
3. Parallele Entwicklung in der Strafzumessungstheorie	140
4. Läßt § 46 StGB Schuldunterschreitung zu?	142
II. Schuldgrundsatz und Strafzumessung	143
1. Tatschuldprinzip	143
2. Strafzweckdiskussion und Antinomieproblem	144

	Seite
a) Vergeltungstheorie	144
b) Zweckstrafe	145
c) generalpräventive Strafe	145
3. Strafzweck und Strafzumessung	147
a) Streit um das Gewicht der Strafzwecke	147
b) Standpunkt des BGH	148
4. Entstehung der Spielraumtheorie	149
5. Schuldüberschreitungsverbot oder Grundlagenformel	151
6. Der Versuch die Antinomie der Strafzwecke zu überwinden	154
7. Inhaltliche Unterschiede bei identischen Schuldüberschreitungsformeln	156
a) Alternativentwurf und dialektische Vereinigungstheorie	158
b) konstitutives Element Schuld	158
c) Auswirkung auf den Umkehrschluß aus "nulla poena sine culpa"	160
8. Rechtsprechung	161
III. Die Zulässigkeit der schuldunterschreitenden Reaktion	163
1. Schuldunterschreitung und Straffolgensystem	163
2. § 60 StGB und der Schuldgrundsatz	164
a) Stellungnahme der Rechtsprechung	166
b) § 60 StGB als Instrument der Zweckmäßigkeit?	167
c) § 60 StGB und der distributive Gerechtigkeitsbegriff	167
3. Ergebnis	169

4. Spannungsverhältnis zwischen den §§ 59, 46 I Satz 2 StGB und dem konstitutiven Schuldgrundsatz	169
a) Rigorismus der Rechtsprechung?	170
b) Ist Schuldunterschreitung unzulässig?	171
c) Schuld nur als Obergrenze	173
5. Schuld und Stellenwerttheorie	174
6. Unterschreitung im Ausnahmefall möglich?	175
a) gesetzgeberische Vorbedingung für Unterschreitung	175
b) aufgelockertes Schuldprinzip	177
IV. Würdigung	178
1. Die Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz	178
a) gesetzliche Durchbrechung	178
b) Verwirklichung von § 46 I Satz 2 StGB	179
c) Schlußfolgerungen	179
d) materiell-rechtlich eingeschränkte Lösung	182
2. Die Stellung im Straffolgenkatalog	183
E ZUSAMMENFASSUNG	189

Literaturverzeichnis

I. Entwürfe

Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches 1936
nebst Begründung

Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit
Begründung, Bundestagvorlage Bonn 1962

Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner
Teil, vorgelegt von Jürgen Baumann, Anne-
Eva Brauneck, Ernst-Walter Hanack, Arthur
Kaufmann, Ulrich Klug, Ernst Joachim Lam-
pe, Theodor Lenckner, Werner Maihofer,
Peter Noll, Claus Roxin, Rudolf Schmitt,
Hans Schultz, Günter Strathenwert, Walter
Stree,
1. Auflage, Tübingen 1966,
2. Auflage unter Mitarbeit von Stephan
Quensel, Tübingen 1969

II. Sitzungsprotokolle, Reformberichte

Grau, Fritz Verwarnung mit Strafvorbehalt, in: Das
kommende deutsche Strafrecht, Allgemei-
ner Teil, Bericht über die Arbeit der
amtlichen Strafrechtskommission, heraus-
gegeben von Dr. Franz Gürtner, 2. Auflage,
Berlin 1935, S. 183 ff.,

Gürtner, Franz Das kommende deutsche Strafrecht, Allge-
meiner Teil, Bericht über die Arbeit der
amtlichen Strafrechtskommission, 2. Auf-
lage, Berlin 1935,

Krille, Umdruck R 14, Leitsätze zu Grundsatzfra-
ge 5.c., in: Niederschriften der Großen
Strafrechtskommission, Band I, S. 364,

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Straf-
rechtsreform, Band I-VI/Bonn 1956-1958,
Band V-XIV/Bonn 1959-1960 (zit.: NS Band,
Sitzung, Seite),

Protokolle des Unterausschusses "Strafrecht" des Rechts-
ausschusses, Deutscher Bundestag, 4. und
5. Wahlperiode (zit.: Prot., Wahlperiode,
Sitzung, Seite),

Verhandlungen des Deutschen Juristentages, herausgegeben von dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation Berlin, später Tübingen,

III. Kommentare, Lehrbücher

- | | |
|--------------------------|---|
| Baumann, Jürgen | Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 7. Auflage 1975/Bielefeld, |
| Brunner, Rudolf | Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, Berlin/New York 1975, |
| Bruns, Hans-Jürgen | Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1974, |
| Dallinger-Lackner | Jugendgerichtsgesetz, Kommentar 2. Auflage, München/Berlin 1965, |
| Dreher, Eduard | Strafgesetzbuch, 36. Auflage, München 1976, |
| Feuerbach, Anselm von, | Lehrbuch des "Peinlichen Rechts" herausgegeben von Mittermaier, C.J.A., 14. Auflage, Gießen 1847, |
| v. Hippel, Robert | Deutsches Strafrecht, Erster Band, Berlin 1925, |
| Jescheck, Hans-Heinrich, | Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1978, 2. Auflage, Berlin 1972, 1. Auflage, Berlin 1969, |
| Kleinknecht, Theodor | Strafprozeßordnung, 32. Auflage, München 1975 |
| Lackner, Karl | StGB, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 11. Auflage, München 1977, |
| LK Leipziger Kommentar, | Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Strafgesetzbuch, 9. Auflage 1974, Berlin/New York, 1. Band, Einleitung, §§ 1-79 |
| v. Liszt-Schmidt | Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, 26. völlig neubearbeitete Auflage von Eberhard Schmidt, Berlin/Leipzig 1932, |

- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971,
- Sauer, Wilhelm Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin/Detmold/Köln/München 1951,
- Schaffstein, Friedrich Jugendstrafrecht, 5. Auflage, Stuttgart 1975,
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. neubearbeitete Auflage von Lenckner/Cramer/Eser/Stree, München 1976
- SK, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber, 1. Band, Frankfurt a.M. 1975,

IV. Monographien, Aufsätze, Referate

- Albrecht, H.J., Kupke, R. "Geldstrafe" Tabellen zur Strafzumessung und Strafvollstreckung. Erste Auswertungsergebnisse: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Forschungsgruppe Kriminologie, 7800 Freiburg,
- Ancel, Marc L'institution de la mise à l'épreuve, in: Revue Internationale de Droit comparé, Band 73, 1950, S. 407,
- Arzt, Gunther Offener oder versteckter Rückzug des Strafrechts vom Kampf gegen den Ladendiebstahl, JZ 76, 54 ff.,
- Bachem, Julius Die bedingte Verurteilung, Köln 1894,
- Bartelt, Stephan Die Verwarnung mit Strafvorbehalt, Rechtsnatur und prozessuale Fragen, Hamburger rechtswissenschaftliche Dissertation 1973, Eigenverlag,
- Baumann, Jürgen Eine Bagatelle?, ZRP 76, 268 ff.,
- Baumann, Jürgen Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes, JZ 1972, S. 1 ff.,

- | | |
|--|--|
| Blei, Hermann | Besprechung der Entscheidung BGH -
1 StR 423/70, JA 1971, S. 165, |
| Boxdorfer, Dietrich | Das öffentliche Interesse an der
Strafverfolgung trotz geringer
Schuld des Täters, NJW 1976, 317 ff., |
| Broda, Christian | Der Strafgesetzentwurf 1971, Vor-
trag, Juristische Blätter 1972,
309 ff., |
| Bruns, Hans-Jürgen | Alte Grundfragen und neue Entwick-
lungstendenzen im modernen Strafzu-
messungsrecht, Festschrift für
Welzel, Berlin/New York 1974,
739 ff., |
| v. Caemmerer, Dora | Probation, Aufbau und Praxis
des engl. Systems der Bewährungshilfe,
München/Düsseldorf 1952 |
| Cramer, Peter | Das Strafsystem des StGB nach
dem 1. April 1970, Jur. Analysen
1970, S. 183 ff., |
| Dencker, Friedrich | Die Bagatelldelikte im Entwurf
eines EGStGB, JZ 1973, S. 144 ff., |
| Dreher, Eduard | Die Verwarnung mit Strafvorbehalt,
Festschrift für R. Maurach, Karls-
ruhe 1972, S. 275 ff., |
| Dreher, Eduard | Die Behandlung der Bagatell-
kriminalität, Festschrift für
Welzel, Berlin/New York 1974,
S. 917 ff., |
| Eckl, Peter | Legalitätsprinzip in der Krise,
ZRP 1973, S. 139 ff., |
| Eckl, Peter | Neue Verfahrensweisen zur Behand-
lung der Kleinkriminalität,
JR 1975, S. 99 ff., |
| Esser/Engisch/Fr. Müller/Th. Würtenberger/Bruns, | Methoden
der Rechtswissenschaft, Teil 1,
in: Enzyklopädie der Geisteswissen-
schaftl. Arbeitsmethoden, 11. Liefe-
rung 1972, München/Wien, |

- Faller, Hans Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß, Festgabe für Maunz, München 1971, S. 69 ff.,
- Gallas, Wilhelm Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), S. 1 ff.,
- Grethlein, Gerhard Jugendarrest und "Schuldspruch", (§ 27 JGG), JR 1962, S. 161 ff.,
- Grünhut, Max Bedingte Verurteilung, ZStW 64 (1952), 127 ff.,
- Haffke, Bernhard Hat das Bundeszentralregistergesetz eine Konzeption ? Öffentliche Strafmoral und Gesetzesplanung GA 1975, S. 65 ff.,
- Hall, Karl Alfred Die Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Problem, ZStW 66 (1954), S. 77 ff.,
- Hanack, Ernst Walter Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform, Festschrift für Gallas, Berlin/New York 1973, 339 ff.,
- Heinitz, Ernst Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 70 (1958), S. 1 ff.,
- Henkel, Heinrich Die "richtige" Strafe, Reihe, "Recht und Staat", Heft 381/382, Tübingen 1969,
- Hoefer, Friedrich Bewährungsfrist vor dem Urteil, Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, Berlin und Leipzig 1931,
- Horstkotte, Hartmuth Die Geldstrafe und die Verwarnung mit Strafvorbehalt im neuen Strafrecht, DRiZ 1975, S. 15 ff.,
- Horstkotte, Hartmuth Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafzumessung, JZ 1970, S. 122 ff.,

- Ignatius, Kaarlo "Die bedingte Verurteilung in England", ZStW 21 (1901), S. 732 ff.,
- Jauch, Rolf Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 2. Band, Rechtsvergl. Arbeiten, Bonn 1954, S. 125 ff.,
- Jescheck, Hans Heinrich Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze im Vergleich mit der österreichischen Regierungsvorlage 1971, Festschrift für Gallas, Berlin/New York 1973, S. 27 ff.,
- Jescheck, Hans-Heinrich "Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs eines Strafgesetzbuches (Allgem. Teil)" ZStW 80 (1968), S. 54 ff.,
- Jescheck, Hans-Heinrich Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, GA 1956, S. 97 ff. und GA 1954, S. 322 ff.,
- Kant, Immanuel Metaphysik der Sitten, Studienausgabe der wissenschaftl. Buchgesellschaft Darmstadt, IV, 1956,
- Kaufmann, Armin Keine neue Reform zur "Einführung" der alten !, JZ 1973, S. 494 ff.,
- Kaufmann, Armin Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), S. 34 ff.,
- Kaufmann, Arthur Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961,
- Krümpelmann, Justus Die Bagatelldelikte, Berlin 1966,
- Kunert, Franz Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform, NJW 1970, S. 537 ff.,
- Lackner, Karl § 13 StGB - eine Fehlleistung des Gesetzgebers, Festschrift für Gallas, Berlin/New York 1973, S. 117 ff.,
- Lange, Richard Literaturbericht, ZStW 68 (1956), S. 599,

- v. Liszt, Franz Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, III. Band, Berlin 1908, S. 1 ff.,
- v. Liszt, Franz Kriminalpolitische Aufgaben, I. u. II., ZStW 9 (1889), S. 453 ff., S. 737 ff.,
- Lobe, Adolf Hoffnungen und Entwürfe, Der Gerichtssaal (GS) 1935, Band 105, S. 257 ff.,
- Maiwald, Manfred Das Absehen von Strafe nach § 16 StGB, ZStW 83 (1971), S. 663 ff.,
- Mayer, Hellmuth Strafrechtsreform für heute und morgen, Kriminologische Forschungen, Berlin 1962
- Müller-Emmert, Adolf Die Strafrechtsreform, DRiZ 1969, S. 273 ff.,
- Naucke, Wolfgang Der Begriff der "Geringen Schuld" (§ 153 StPO) im Straftatsystem, Festschrift für Maurach, Karlsruhe 1972, S. 197 ff.,
- Oetker, Friedrich Maßregeln der Besserung und Sicherung, Gemeinschädliches Verhalten, in: GS, Band 92 (1926), S. 1 ff.,
- Pallin, Franz Lage und Zukunftsaussichten der österreichischen Strafrechtsreform im Vergleich mit der deutschen Reform, ZStW 84 (1972), S. 198 ff.,
- Peters, Karl Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, Berlin 1932,
- Peters, Karl Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen, ZStW 68 (1956), S. 374 ff.,
- Peters, Karl Verwarnung mit Strafvorbehalt, Deutsches Strafrecht 1934, Band 1, S. 310 ff.,

- Peters, K.,/Lang-Hinrichsen, Grundfragen der Strafrechtsreform, Paderborn 1954,
- Potrykus, Gerhard Jugendarrest und Schuldspruch
 (§ 27 JGG), JR 1961, S. 407 ff.,
- Prins, M., Adolphe Gutachten: Condamnation conditionnelle, in: Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (IKV), erster Jg. 1889, Berlin/Brüssel, S. 28 ff.,
- Rezbach, Peter Die Verwarnung unter Strafvorbehalt, Tübingen 1970,
- Roxin, Claus Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 (1969), S. 613 ff.,
- Roxin, Claus Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377 ff.,
- Ruth, Carl Die ab 1.1.1975 verkehrsrechtlich bedeutsamen Änderungen auf dem Gebiet des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, DAR 1975, S. 1 ff.,
- Schätzler, Johann-Georg Handbuch des Gnadenrechts, München 1976,
- Schaffstein, Friedrich Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, Festschrift für Gallas, Berlin/New York 1973, S. 99 ff.,
- Schmidhäuser, Eberhard Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozess ?, JZ 1973, S. 529 ff.,
- Schoreit, Armin Die gesetzgeberische Konzeption des Bundeszentralregistergesetzes, GA 1975, S. 362 ff.,
- Schröder, Horst Bedingte Verurteilung, NJW 1952, S. 6 ff.,
- Schwalm, Georg Die kriminalpolitische Bedeutung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches (E 1962 Bundestagsvorlage), GA 1964, S. 257 ff.,

- Serwe, Hans Abschied vom Legalitätsprinzip,
Kriminalistik 1970, 377;
- Seuffert, Hermann Gutachten über die Frage: "Ist die
bedingte Verurteilung im Strafrecht
einzuführen ?" in: Verhandlungen des
21. Dtsch. Juristentages, 1. Band,
1890, Berlin, S. 227 ff.,
- Spendel, Günter Die Begründung des richterlichen
Strafmaßes, NJW 1964, S. 1758 ff.,
- Stratenwerth, Günter Tatschuld und Strafzumessung, Tü-
bingen 1972,
- Tröndle, Herbert Abschaffung der Strafbarkeit der
fahrlässigen Tötung und fahrlässigen
Körperverletzung bei leichtem Ver-
schulden, DRiZ 1976, S. 129 ff.,
- Wach, Adolf Die Reform der Freiheitsstrafe 1890,
- Wagner, Heinz Die selbständige Bedeutung des
Schuldspruches im Strafrecht, ins-
besondere beim Absehen von Strafe
gem. § 16 StGB, GA 1972, S. 33 ff.,
- Waiblinger, Max Der rechtliche Charakter und die Be-
deutung der Schuldigerklärung im
Strafprozess. Das Problem der
Teilrechtskraft, Festschrift für
Pfenninger, Zürich 1956, S. 157 ff.,
- v. Weber, Helmuth Das Absehen von Strafe, MDR 1956,
S. 705 ff.,
- Weber, Ulrich Der Mißbrauch prozessualer Rechte
im Strafverfahren, GA 1975, S. 289 ff.
- Zipf, Heinz Die Rechtsfolgen der Tat im neuen
Strafgesetzbuch, JuS 1974, S. 136 ff.,
- Zipf, Heinz Kriminalpolitische Überlegungen
zum Legalitätsprinzip, Festschrift
für Peters, Tübingen 1974, S. 487,
- Zipf, Heinz Die Strafmaßrevision, München 1969,
- Zipf, Heinz Urteilsanmerkung zur Entscheidung des
Bay. ObLG v. 4.11.1975 in JR 76, 512.

A EINLEITUNG und STRAFRECHTSGESCHICHTE

I. Aufgabenstellung

1. Umstrittene Entstehung und Existenz der Verwarnung mit Strafvorbehalt

Als am 1.1.1975 das zweite StrRG in Kraft trat, war dies mehr als nur eine der vielfach aus den vergangenen Jahren bekannten Änderungen des in seiner Konzeption immer noch auf das Reichsstrafgesetzbuch zurückgehenden Strafgesetzbuches¹. Mit dem teilweise am 1.9.1969, teilweise am 1.4.1970 in Kraft getretenen ersten StrRG war nach langen und eingehenden Beratungen das Ergebnis des in seiner Gesamtheit überarbeiteten, neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Die gravierendsten Veränderungen in dogmatischer Hinsicht - bezogen auf den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches - gab es dabei in der grundsätzlichen

-
- 1.) Allein in der Zeit vom 25.6.1969, dem in Kraft treten des Ersten Strafrechtsreformgesetzes bis zum 18.4.1974 verabschiedete der Gesetzgeber fünf Strafrechtsreformgesetze, nämlich

Erstes StrRG vom 25.06.1969
Zweites StrRG vom 04.07.1969
Drittes StrRG vom 20.05.1970
Viertes StrRG vom 23.11.1973
Fünftes StrRG vom 18.06.1974

Im Vergleich dazu hat der Gesetzgeber dreizehn "nicht reformierende" Eingriffe in das StGB seit 1953 in Form von Strafrechtsänderungsgesetzen vorgenommen.

Anlage der Systematik der Rechtsfolgen einer Tat². In diesem Bereich war der bis zum 31.12.1974 geltende Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches nämlich in seinen Grundzügen weithin noch die Regelung des Reichsstrafgesetzbuches aus dem Jahre 1871³.

Der neue Allgemeine Teil brachte im Rechtsfolgensystem u.a. ein dem bisherigen strafrechtlichen Reaktionskatalog unbekanntes Institut, die "Verwarnung mit Strafvorbehalt"⁴.

Noch bevor das von den gesetzgebenden Körperschaften verabschiedete Gesetz in Kraft trat, war dieses Institut Gegenstand heftiger Kritik. So empfahl Dreher - einer der führenden Mitarbeiter des Bundesjustizministeriums im Sonderausschuß Strafrecht des Deutschen Bundestages - dem Gesetzgeber ernstlich zu

2.) vgl. Zipf JuS 74, 137

3.) An vergleichbaren "großen" Einschnitten ist nur die Geldstrafennovelle, die Einführung der "Maßregeln" und die Einführung der Bewährung erwähnenswert. Gesetz zur Erweiterung des Anwendungsbereiches der Geldstrafen und zur Einschränkung der kurzen Freiheitsstrafen vom 21.12.1921, ersetzt und geändert später durch die VO über Vermögensstrafen und Bußen vom 6.2.1924 und das Erste StrRG vom 25.6.1969.
Einführung der Maßregeln durch Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933
Einführung der Bewährung durch das Dritte StAG vom 4.8.1953 und den Erweiterungen im Ersten StrRG vom 25.6.1969.

4.) im folgenden Verwarnung mit Strafvorbehalt oder "Verwarnung" oder "Institut"

erwägen, "ob man nicht besser auf das ganze Institut verzichte"⁵. Weiterhin ist festzuhalten, daß in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission mehrheitlich beschlossen worden war, keine Verwarnung mit Strafvorbehalt in das StGB einzufügen⁶. In diesem Zusammenhang hatte selbst ein so engagierter Vertreter spezialpräventiver Ausgestaltung des Straffolgenkataloges wie Eberhard Schmidt zum Ausdruck gebracht, daß er sich frage, ob das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt überhaupt notwendig sei⁷.

Die von Vertretern der Praxis in der Großen Strafrechtskommission geäußerte Kritik war hingegen weniger verwunderlich. Fränkel sah in der Einführung des Instituts die schwere Gefahr einer Erweichung des Ernstes der Strafrechtspflege heraufbeschworen, und Voll befürchtete, daß die Ernsthaftigkeit des Rechts bei Einführung solcher Strafrechtsfolgensysteme nicht genügend in Erscheinung trete⁸.

Bei den Beratungen des Sonderausschusses Strafrechtsreform fand die Regelung sowohl in der 4. als auch in der 5. Wahlperiode warme Befürworter, ja

5.) Dreher, "Verwarnung mit Strafvorbehalt" Festschrift f. Maurach, S. 293; vgl. auch Zipf JR 1976, 512 ff., 514

6.) NS 1. Band, 13. Sitzung, S. 311; 1. Band, 9. Sitzung, S. 195 ff. (196, 197)

7.) NS 1. Band, 8. Sitzung, S. 190

8.) NS 3. Band, 30. Sitzung, S. 128

man hielt die Verwarnung mit Strafvorbehalt trotz aller geäußerten Bedenken "für die resozialisierungsfreundlichste Maßnahme" die zur Diskussion stand⁹.

Die Befürworter waren insbesondere der Überzeugung, daß man durch die Einführung des Instituts auf "neuere Tendenzen der internationalen Kriminalpolitik, die auf die Entwicklung neuartiger Sanktionen ohne Freiheitsentzug abzielten" eingehe und sie fruchtbar machen könne¹⁰.

2. Reaktionen der Praxis

a) Abgrenzung zur Verwarnung unter Strafvorbehalt

Ein strafrechtliches Sanktionsmittel, das über lange Zeit hinweg von zwei so kompetenten Gremien, wie der Großen Strafrechtskommission und dem Sonderausschuß Strafrechtsreform derart gegensätzlich beurteilt wird, und das am Schluß der Debatte offensichtlich nach wie vor Bedenken begegnet, hat offenbar seine spezifische Problematik. Dazu kommt, daß der Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches in seinem § 57 ein Institut mit dem Namen "Verwarnung unter Strafvorbehalt" enthielt, welches

9.) Güde, Protokolle IV, 425

10.) Horstkotte, DRiZ 75, 16

mit fast identischem Namen eine kriminalpolitisch erheblich abweichende Funktion übernehmen sollte¹¹.

b) Anwendungshäufigkeit in der Praxis

Die im dogmatischen und systematischen Bereich liegende nicht einheitliche Beurteilung des Instituts hat auch dazu geführt, daß die Praxis zunächst kaum bei den hierfür in Betracht kommenden Fällen eine Sachbehandlung gemäß §§ 59 ff. StGB vornahm. Diese Tendenz bestätigt nachdrücklich auch eine exakte Untersuchung der Forschungsgruppe Kriminologie im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, die im Zusammenhang mit einem Forschungsprojekt "Geldstrafe" u.a. auch die quantitative Verhängung der Verwarnung mit Strafvorbehalt im Bundesland Baden-Württemberg im Jahre 1975 erfaßte und auswertete¹².

Grundlage der Untersuchung waren die EDV-Bänder des statistischen Landesamtes von Baden-Württemberg, die sämtliche Verurteilungen im Bundesland registriert hatten.

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt wurde dabei bei männlichen Erwachsenen in 84 Fällen verhängt, was

11.) vgl. AE 1. Auflg. 1966 S. 106, 107

2. Auflg. 1969 S. 112, 113

Rezbach, Verwarnung unter Strafvorbehalt, S. 33

12.) vgl. Albrecht/Kupke, Geldstrafe, Tabellen zur Strafzumessung und Strafvollstreckung, Tabellen auf den folgenden Seiten.

prozentual bezogen auf alle gerichtlichen Entscheidungen lediglich 0,12% der ausgesprochenen gerichtlichen Entscheidungen darstellte.

Bei allen weiblichen Erwachsenen war im gleichen Zeitraum 31-mal die Verhängung mit Strafvorbehalt zu registrieren, was prozentual bezogen auf alle gerichtlichen Entscheidungen im gleichen Zeitraum einen Anteil von 0,30% ausmachte.

Bereits diese absoluten Werte unterstreichen, daß das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt kaum angewandt worden ist. 115 Verhängungen von Verwarnungen mit Strafvorbehalt bei 72.747 Verurteilungen ist ein so geringer Wert, daß zumindest für das fragliche Untersuchungsjahr davon ausgegangen werden muß, daß der Reaktionskatalog des Strafgesetzbuches in der Praxis um die Verwarnung mit Strafvorbehalt nicht erweitert worden ist. Albrecht/Kuppke sprechen zu Recht auf Seite 8 der Untersuchung davon, daß die Verwarnung eine seltene Ausnahme geblieben sei. Die für Baden-Württemberg festgestellten Ergebnisse sind für das Bundesgebiet repräsentativ. Das Bundesministerium der Justiz hat, bevor die Ergebnisse der Untersuchung des Max-Planck-Instituts bekannt waren, bereits davon gesprochen, daß die Praxis nur in relativ geringem Umfang bei den hierfür in Betracht kommenden Fällen eine Sachbehandlung gemäß §§ 59 ff. StGB vornimmt¹³.

13.) Schreiben des BMJ vom 23.7.1976, AZ.: 4005/3 I-20, 915/76, an den Verfasser

Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) und Absehen von Strafe
nach Deliktgruppen (1975, nur weibl. Erwachsene)

Tabelle zu Anm. 12 Seite 5

Deliktgruppen	Verwarnung mit Strafvorbehalt		Absehen von Strafe		insg. alle gerichtl. Entscheidungen	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Gegen d. Staat, die öffentl. Ordnung u. i. Amt (ohne Straßenverkehr	2	0,72	2	0,72	274	100
wider die Sittlichkeit	0	0,00	0	0,00	86	100
andere gegen die Person (außer Straßenverkehr)	2	0,29	2	0,29	675	100
Diebstahl und Unterschlagung	10	0,29	3	0,08	3.409	100
Raub und Erpressung	0	0,00	0	0,00	16	100
andere Vermögensdelikte	9	0,75	1	0,08	1.189	100
gemeingef. Verbrechen und Vergehen (außer Straßenverkehr)	0	0,00	1	1,47	68	100
Straßenverkehr	8	0,24	5	0,15	3.285	100
nach anderen Bundes- und Landesgesetzen	0	0,00	0	0,00	1.291	100

Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) und Absehen von Strafe
nach Deliktgruppen (1975, nur männl. Erwachsene)

Tabelle zu Anm. 12 Seite 5

Deliktgruppen	Verwarnung mit Strafvorbehalt		Absehen von Strafe		insg. alle gerichtl. Entscheidungen	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Gegen d. Staat, die öffentl. Ordnung u. i. Amt (ohne Straßenverkehr)	1	0,06	2	0,13	1.536	100
wider die Sittlichkeit	5	0,56	1	0,11	879	100
andere gegen die Person (außer Straßenverkehr)	18	0,26	30	0,44	6.712	100
Diebstahl und Unterschlagung	5	0,06	3	0,03	7.651	100
Raub und Erpressung	1	0,39	0	0,00	254	100
andere Vermögensdelikte	17	0,27	2	0,03	6.233	100
gemeingef. Verbrechen und Vergehen (außer Straßenverkehr)	3	0,36	2	0,24	829	100
Straßenverkehr	26	0,08	48	0,15	31.754	100
nach anderen Bundes- und Landesgesetzen	8	0,12	6	0,09	6.606	100
Summen	84	0,13	94	0,15	62.454	100

3. Strukturprinzipien der Gesetz gewordenen Verwarnung mit Strafvorbehalt

Die vorliegende Arbeit hat auf dem Hintergrund der vorstehend geschilderten gegenwärtigen Situation und ihrer gegensätzlichen Auffassungen das Ziel, zu untersuchen, welche Bedeutung die Regelung des Instituts der Verwarnung mit Strafvorbehalt hat, die in den §§ 59 ff. StGB Gesetz geworden ist. Besondere Beachtung soll die Frage finden, welche Probleme die Gesetz gewordene Regelung ungelöst gelassen hat und welche Strukturprinzipien und Motive der gesetzgeberischen Entscheidung zur Einführung des Instituts zugrunde lagen. Dabei muß aus der Fülle der Diskussionsbeiträge das entscheidende gesetzgeberische Motiv herausgestellt und von all denjenigen Motiven und Einwänden abgegrenzt werden, die in einer langwährenden Diskussion debattiert, in den Vordergrund gerückt und wieder verworfen wurden, in mancher heutigen Stellungnahme der Gesetz gewordenen Regelung aber immer noch "unterschoben" werden.

Die Klärung der tragenden Strukturprinzipien und Motive des Gesetzgebers ist nicht Selbstzweck oder nur in die Vergangenheit gerichtete, rechtsgeschichtliche Betrachtung. Sie ist vielmehr notwendige Voraussetzung für die Beantwortung der dogmatischen Frage, ob das Institut mit den Grundsätzen des Schuldstrafrechts vereinbar ist¹⁴.

14.) vgl. dazu insbes. die Kritik von Dreher in "Maurach-Festschrift" S. 283, 284

Die Antwort auf die vorstehend umschriebene Problematik soll weiterhin Aufschluß darüber geben, ob und inwieweit das materiell-rechtlich verstandene Institut durch neuere Regelungen des Prozeßrechts zumindest teilweise gegenstandslos geworden ist, oder ob nicht vielmehr sogar eine Interdependenz zwischen den prozessual "ähnlich" wirkenden Instituten und der Verwarnung mit Strafvorbehalt besteht.

4. Historischer Ansatz

Strafrechtliche Reaktionsmaßnahmen wie die Verwarnung mit Strafvorbehalt scheinen auf den ersten Blick ganz neue Entwicklungen bzw. die materiell-rechtliche Umsetzung neuer kriminalpolitischer Erkenntnisse zu sein¹⁵. Bei genauerer Betrachtung, insbesondere bei Berücksichtigung der historischen Entwicklung zeigt sich jedoch, daß die Verwarnung mit Strafvorbehalt ein "Kind" zumindest der Jahrhundertwende, wenn nicht früherer Zeit ist, wenn man nicht auf die Bezeichnung, sondern auf den materiellen Gehalt abstellt. Da geklärt werden soll, welche Strukturprinzipien und Motive der heutigen Regelung des § 59 StGB zugrunde liegen und weil zudem die konkreten Wurzeln nebst Entstehungsgeschichte für das Verständnis eines Rechtsinstituts unabdingbar sind, ist es notwendig, im Ansatz der Betrachtung zunächst eine - wenn auch kurze - strafrechtshistorische Untersuchung einzubeziehen¹⁶.

15.) vgl. Horstkotte, DRiZ 75, 16; Rüth, DAR 75, 3 (Ziff. 4)

16.) K. Engisch, Methoden der Strafrechtswissenschaft, S. 58

II. Formale und materielle Gestaltungsgrenzen der Verwarnung mit Strafvorbehalt

1. Regelung im E 1936 und Wortinterpretation

In der Kommentierung der §§ 59 ff. StGB¹ wird das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt historisch immer auf § 60 des Entwurfes eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1936 zurückgeführt². Dies ist zutreffend, soweit man allein auf den schlichten Namen abstellt. In § 60 E 1936 war zum ersten Mal eine "Verwarnung mit Strafvorbehalt" vorgesehen.

Mit einer nur an der Bezeichnung orientierten Suche kommt man jedoch nicht weit, abgestellt werden muß auf eine Prüfung des formalen und materiellrechtlichen Gehaltes der Norm des § 59 StGB.

2. Formale Gestaltungsmöglichkeiten

Sucht man zunächst theoretisch zu bestimmen, welche Hauptformen von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten es gibt, die alle als "bedingte Verurteilung" oder "Aussetzung auf Wohlverhalten" verstanden werden können, so gibt es eine Vielzahl von Spielarten und Variationen. Besteht über die theoretisch denkbaren Möglichkeiten Klarheit, so zeigt sich, daß für die Suche nach den Wurzeln der Verwarnung mit

1.) §§ ohne Bezeichnung sind im folgenden immer solche des StGB

2.) vgl. Dreher, StGB, vor § 59, Anm. 2; Bay. ObLG, JR 1976, 512 ff., mit Anmerkung von Zipf.

Strafvorbehalt ein ganz schmaler Ausschnitt dessen verfolgt werden kann, was Gegenstand der Diskussion um die bedingte Verurteilung im weitesten Sinn war.

Zunächst muß bei solch einer Überlegung festgelegt werden, anhand welcher Kriterien die denkbaren Modelle untereinander abgegrenzt werden sollen. Dabei ist möglich

auf die Rechtsnatur der Entscheidung, die bedingt ausgesprochen wird, abzustellen,

oder die Unterscheidung nach geographischen Rechtskreisen abzugrenzen.

Denkbar wäre schließlich nach Verfahrensstadien zu gliedern und die jeweils für die Täter resultierenden Konsequenzen mit in die Beurteilung einzubeziehen.

a. Die Rechtsnatur der Entscheidung als Abgrenzungskriterium

Der historischen Konstellation um die Jahrhundertwende in Deutschland lag eine Unterscheidung nach der Rechtsnatur der zu treffenden Entscheidung zugrunde. Sie wurde insbesondere bei von Liszt angewandt, wobei er das Gegensatzpaar der bedingten Verurteilung einerseits und der bedingten Begnadigung andererseits aufwarf³. Während bei seinen

3.) v. Liszt, Vergleichende Darstellung, S. 8 ff. (58 ff.)

Vorstellungen zur bedingten Verurteilung konstitutiv nur war, daß die verwirkte oder verhängte Strafe nicht verbüßt bzw. geleistet werden mußte und darauf ein Rechtsanspruch bestand, war für die bedingte Begnadigung kennzeichnend, daß die Aussetzung nicht auf Gesetz beruhte und nicht durch ein Gericht erfolgte, sondern nach Ermessen durch den Souverän bzw. die Behörde.

b. Abgrenzung nach geographischen Rechtskreisen

Die Abgrenzung nach geographischen Rechtskreisen orientierte sich an der unterschiedlichen Entwicklung im französischen und angelsächsischen Rechtskreis. Das "Sursismodell" wurde dem "Probationsmodell" gegenübergestellt⁴.

Da es innerhalb dieser Rechtskreise jedoch verschiedene, variierende Modelle gab, deren Institutscharakter durchaus Überschneidungen zuließ, ist dies kein tauglicher Ansatz, aus dem sich Einsichten für theoretisch denkbare Möglichkeiten ergeben.

c. Gliederung nach Verfahrensstadien

Damit verbleibt für die aufgeworfene Frage lediglich die Möglichkeit die Abgrenzung nach Verfahrensstadien zu treffen. Entscheidend ist dabei derjenige Zeitpunkt, an welchem im Ablauf des Verfahrens eingehalten wird, unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Betroffenen.

4.) vgl. v. Liszt, Vergleichende Darstellung, S. 8 ff. (9)

3. Der zeitliche Ablauf des Verfahrens und die Zäsurzeitpunkte

a) theoretische Möglichkeiten:

Begrifflich kann nach dem zeitlichen Ablauf des Verfahrens gegliedert werden. Für jeden geeigneten Einschnitt, an dem das Verfahren unterbrochen werden kann, gibt es jeweils auch ein Modell einer bedingten Verurteilung unter der Voraussetzung des Wohlverhaltens:

- Aussetzung der Verfolgung
- Aussetzung vor Schuldfeststellung
- Aussetzung nach Schuldfeststellung
- Aussetzung im Urteilsstadium
 - = Aufschiebung des Urteilsspruches
 - = bedingte Verurteilung
- Aussetzung nach Urteilsfällung
- Aussetzung während der Vollstreckung

Die erste Möglichkeit beschreibt eine prozessuale Variante, bei der das Verfahren nicht einmal eröffnet wird.

Für die zweite Variante ist kennzeichnend, daß die Eröffnung des Hauptverfahrens oder der Hauptverhandlung aufgeschoben ist.

Die dritte Variante entspricht dem Probationsmodell, wo nach Schuldspruch (conviction) vor

Straffestsetzung (sentence) eingehalten wird.

Bei der Unterziffer "Aufschiebung des Urteils-
spruches" der vierten Variante kann noch danach
unterschieden werden, ob entweder der gesamte
Urteilsspruch als solcher aufgeschoben wird oder
lediglich der Strafausspruch nach erfolgter Schuld-
feststellung aufgeschoben wird.

Bei der Unterziffer "bedingte Verurteilung" der
vierten Variante kann bei entsprechender Gestal-
tung unserer Strafaussetzung zur Bewährung zuge-
ordnet werden.

Die fünfte Variante ist dem französischen Sursis-
modell angenähert, während die letzte Möglichkeit
einer bedingten Begnadigung nahe verwandt ist^{5,6}.

- b) Der zeitliche Verfahrenseinschnitt bei der Ver-
warnung mit Strafvorbehalt

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt entspricht ei-
nem Modell, das nicht über die Aussetzung im Ur-
teilsstadium hinausgehen darf. Da es in keinem
Fall zu einer Verurteilung kommen darf, ist nur
die erste Untergliederung der vierten Variante

-
- 5.) vgl. zum Ganzen, insbes. zur Systematik Grau,
in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht,
S. 188, 9;
- 6.) Die bedingte Entlassung kann systematisch hier
nicht eingeordnet werden, da die Verbindung zum
Strafverfahren fehlt; gleichwohl ist sie kriminal-
politisch durchaus verwandt, vgl. NS, Umdruck R 14
von Krille zu Grundsatzfrage 5c.

die "Aufschiebung des Urteilsspruches" noch denkbar, eine eigentlich bedingte Verurteilung hingegen schon nicht mehr.

Lediglich Modelle und Vorläufer die mit ihrer "Bedingung" so früh einsetzen, daß eine Verurteilung nicht erfolgt, können also zum Vergleich herangezogen werden.

4. Materielle Kriterien der Verwarnung mit Strafvorbehalt gemäß § 59 StGB

Weiter muß aber auch eine materielle Betrachtungsweise angelegt werden; das bedeutet, es muß gefragt werden, ob es zuvor - und gegebenenfalls wann - es eine strafrechtliche Reaktionsmaßnahme gab, die materiell einer Verwarnung mit Strafvorbehalt gleichkam. Dafür muß bestimmt werden, welche materiellen Kriterien einer Verwarnung mit Strafvorbehalt zugrunde liegen⁶.

Eine materielle Regelung, die den §§ 59 ff. Strafgesetzbuch entspricht, muß als "Essentialia" enthalten:

6.) Es ist offenbar, daß diese Kriterien, soweit sie an dieser Stelle der Untersuchung inhaltlich berichtet werden, auf der Untersuchung von im weiteren Verlauf darzustellender Fragen beruht. Um nicht dem Vorwurf der *petitio principii* ausgesetzt zu sein, sei für die Begründung der materiellen Kriterien auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen. Die Darstellung erfolgt an dieser Stelle nur um der Verständlichkeit des historischen, vorgreiflichen Ansatzes wegen.

a) ein kriminalpolitisches Element:

Entscheidender Gesichtspunkt bei der Anwendung des Instituts allgemein oder für bestimmte Gruppen von Straftätern bzw. Straftatbeständen muß eine kriminalpolitische Einsicht sein. Nachteile, die im Zusammenhang mit sonst üblichen, überkommenen oder normalerweise angewandten strafrechtlichen Reaktionen entstehen, sollen durch die Wirkung des Instituts vermieden werden.

b) ein spezialpräventives Element:

Das Institut will einen materiellen oder ideellen Einfluß auf den Täter nehmen, um ihn von Straftaten abzuhalten.

c) Effektivität des Straffolgensystems:

Das Institut soll Nachteile vermeiden, die bei herkömmlicher Verurteilungssanktion entstehen. Dieses Ziel soll durch ein deutliches Minus gegenüber der "normalen" strafrechtlichen Sanktion angestrebt werden, insbesondere um Fernwirkungen der Verurteilung zu vermeiden.

d) Sanktionselement:

Für den Fall, daß die Intention, den Täter

von weiteren Straftaten abzuhalten, nicht gelingt, erfolgt eine Sanktion. Die Sanktion ist jedoch Reaktion bezogen auf die Tat, die Anlaß für die Inanspruchnahme des Instituts war.

Diese Sanktion unterscheidet sich gegenüber der Bewährung dadurch, daß bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt eine "Verurteilung" erst dann vorliegt, wenn sich die Erwartung, daß sich der Täter straffrei führe, nicht erfüllt hat und deswegen die vorbehaltene Strafe zur Anwendung kommt⁷.

Strafrechtliche Rechtsfolgen, die diesen materiellen Kriterien entsprechen, hat es vor dem E 1962 gegeben. Ein Beispiel hierfür, das lediglich mit einem gänzlich anderen Namen versehen war, findet sich z.B. in § 41 Y eines Entwurfes von Hall⁸. Hall hatte in seinem Abschnitt 1a eine Verwarnung mit Strafvorbehalt entworfen, diese verlangte ein weiteres Kriterium, nämlich ein förmlich abzugebendes Versprechen, in Zukunft "friedlich" zu sein. Hier

7.) Die materiellen Kriterien a-c können auch für die Regelung der Bewährung bejaht werden. Das Kriterium d ist deswegen in besonderem Maße von Bedeutung. Bei der historischen Betrachtung wird dieses Kriterium d wegen der vielfach nicht so differenzierten Lösungen nicht praktisch. Das hier als Unterscheidungskriterium gegebene "Ergebnis" wird bei der systematischen Untersuchung gewonnen; vgl. auch Erläuterung zu § 60 des E 1936, S.

8.) Hall, ZStW 66 (1954), 77 ff. (109)

gibt es eine Verbindung zu Instituten, die um die Jahrhundertwende im deutschen Rechtskreis diskutiert wurden und die auch noch in der literarischen Diskussion um den E 62 lebendig waren⁹. Die von Mayer genannte Regelung "Verwarnung mit oder ohne Friedensbürgschaft" führt als Bindeglied einerseits zu den Wurzeln des Instituts der Verwarnung mit Strafvorbehalt zurück und andererseits stellt sie eine Verbindung zu § 60 E 1936 her. Der Begriff der Friedensbürgschaft war eng mit den Rechtsfolgeregelungen verbunden, die materiell dem Kriterium der Verwarnung mit Strafvorbehalt entsprachen¹⁰.

III. Strafrechtshistorische Wurzeln:

Bedingte Verurteilung - Aussetzung auf Wohlverhalten - Friedensbürgschaft

1. Problematik des uneinheitlichen Sprachgebrauchs

Der Versuch, die exakten historischen Wurzeln der Verwarnung mit Strafvorbehalt zu bestimmen, ist vor allem dadurch erschwert, daß es eine Fülle von Begriffen gibt, die teilweise auch für ein

9.) Mayer, Kriminologische Forschungen, Bd. I
Strafrechtsreform für heute und morgen,
S. 144 ff.

10.) Mayer aaO, insbes. S. 150, ohne daß diesem
Ansatz hier näher nachgegangen werden könnte.

mit dem vorstehend erwähnten materiellen Inhalt umschriebenes Institut gelten. Dabei muß einschränkend gesagt werden, daß nur wenige dieser Bezeichnungen nach dem Verständnis der Autoren, die solche Strafrechtsreaktionen beschrieben haben, die Verwarnung mit Strafvorbehalt mitumfaßten; da deren Begriffe aber oftmals sehr viel weiter waren und deswegen eine ganze Reihe weiterer Sanktionen - die sich materiell von der Verwarnung mit Strafvorbehalt unterscheiden - mitumfaßten, ist eine Beschränkung geboten auf Regelungen, die materiell-rechtlichen Kriterien entsprechen, ohne zugleich den Bereich verwandter Institute mitzuumfassen.

Der generelle Oberbegriff, der eine ganze Reihe weiterer Sanktionsmaßnahmen gleichermaßen umfaßt, ist der Begriff der "bedingten Verurteilung" ein Institut, - oder besser schon fast ein kriminalpolitisches System -, von dem Schröder zu Recht sagte, daß es von Liszt besonders am Herzen gelegen habe¹. Inhaltlich bereits stärker im Sinne der Verwarnung mit Strafvorbehalt eingegrenzt ist der weitere, bei Peters, Schönke und Marc Ancel

1.) Schröder, NJW 52, 7; vgl. im übrigen v. Liszt, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. III, S. 1 ff., Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung.

zu findende Begriff der "Aussetzung auf Wohlverhalten"².

Dabei wird die Aussetzung auf Wohlverhalten wiederum als Oberbegriff verstanden, unter den man sowohl das dem romanischen Rechtskreis entstammende Sursissystem einordnen kann wie auch das anglo-amerikanische Modell der "probation"³.

2. Entstehung der Sursis-Modelle

Die Möglichkeit einer bedingten Verurteilung war ein Lieblingskind der modernen Schule. Die Debatten der internationalen kriminalistischen Vereinigung auf ihrer ersten Hauptversammlung in Brüssel im Jahre 1889 behandelten mit Gutachten von Lammasch und Prins die Frage, ob die bedingte Verurteilung den Gesetzgebern der verschiedenen europäischen Länder zur Einführung empfohlen werden könne⁴. Daß die IKV, deren Mit-

2.) Peters, Deutsches Strafrecht, 34, 310, unter Hinweis auf Peters, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters, 1932, 124 mit weiteren umfangreichen Nachweisen; Jauch, Bed. Verurteilung, S. 125; Ancel, Revue internationale de droit comparé, Band 73, 407

3.) vgl. Hall, ZStW 66 (1954), 78; Jescheck, NS 3. Band, 30. Sitzung, 127; bes. ausführlich Rezbach, S. 2 ff.

4.) Mitt. IKV, Band 1, S. 28 ff.; vgl. dazu auch Grünhut, Bedingte Verurteilung, ZStW 64 (1952), 127 ff.

glieder deutlich der modernen Schule nahestanden, sich gerade dieses Themas mit solcher Intensität annahm, hatte einen aktuellen Anlaß.

Am 31.5.1888 hatte die belgische Abgeordneten-kammer nach Vorarbeiten einer Kommission unter Le Jeune eine Anregung des französischen Parlamentsabgeordneten Bérénger aufgegriffen und realisiert⁵. Kurze Zeit später, nämlich am 26.1.1891, wurde der Entwurf Bérénger auch in Frankreich Gesetz.

Zwar unterschieden sich die französischen und belgischen Fassungen in Einzelheiten, der grundsätzliche Gedanke war jedoch gleich: Ausgehend von der empirisch gewonnenen Überzeugung, daß die kurzzeitige Freiheitsstrafe kaum eine abschreckende Wirkung habe, und unter spezialpräventiven Gesichtspunkten von damals nahezu allen Wissenschaftlern und Praktikern ihre Nachteile hervorgehoben wurden, suchte man ein Institut, das diese Nachteile vermied. Die Diskussion über ein solches System wurde unter dem Stichwort "bedingte Verurteilung" geführt.

Das Schwergewicht der gesamten Debatte lag dabei

5.) "loi établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal (Zit. nach v. Liszt, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts AT, Bd. III, S. 22).

unter Berücksichtigung der Entwicklung im französischen und belgischen Recht auf der Frage, ob jeder Täter eine verhängte Freiheitsstrafe verbüßen müsse oder, ob es hierzu nicht doch alternative Lösungen gäbe. Auf den deutschen Rechtskreis bezogen ist diese Diskussion die historische Wurzel für die Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung. Das "Sursissystem" unterscheidet sich nämlich vom anglo-amerikanischen Probationssystem dadurch, daß das gesamte Untersuchungs- und Erkenntnisverfahren bis zum Urteil wie üblich abläuft, lediglich die Vollstreckung der Freiheitsstrafe dann ausgesetzt wird⁶.

3. Historische Rechtsinstitute mit ähnlichen Zielen

Das kriminalpolitische Ziel, durch Erweiterung des Rechtsfolgesystems dem einzelnen Delinquenten den Makel der kurzen Vorstrafe zu ersparen, ist in der englischen Rechtsordnung schon vor den belgisch-französischen Gesetzen mit unterschiedlichen Mitteln verfolgt worden. Dies war auch der Grund, warum das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt in der Großen Strafrechtskommission debattiert wurde, obwohl die Regelung der Strafaussetzung zur "Bewährung" von keiner Seite in Frage gestellt wurde.

6.) Jescheck AT (2. Auflg.), S. 577; Maurach AT, § 65 I A, S. 863, 864

Nicht nur die Absicht dem Täter die Vorstrafe zu ersparen, sondern ihm bei geeigneten Delikten Strafe überhaupt zu ersparen, für den Fall, daß er sich gut führt, war die Überlegung, die im englischen Rechtskreis schon früher zu Regelungen führte, die der Verwarnung wesensähnlich sind.

Diesen historischen Ansatz sollte man zwar nicht wie dies Prins in seinem Vortrag vor der IKV 1889 noch getan hat, bei Cicero und Seneca suchen⁷. Seine dahin gezogenen Verbindungslinien beruhen nämlich nur auf allgemeinen Rechtsregeln wie, man habe sich zu hüten, daß die Strafe nicht größer sei als der Verstoß, oder der Hüter der Gesetze solle, ehe er zum Strafen schreite, zu strengen Worten seine Zuflucht nehmen. Auch der im kanonischen Recht zum Vergleich herangezogene angesprochene Vorläufer der "admonitio", die in der Gesetzgebung der Türkei, Spaniens, Portugals und Rußlands Eingang fand, entspricht nur solch allgemeinen römisch-rechtlichen Prinzipien, jedoch nicht den materiellen Kriterien des zu untersuchenden Instituts⁸. Selbst die in diesem Zusammenhang vom englischen Juristen Mayhew überlieferte Formel, es sei erste Bedingung einer erleuchteten Strafrechtspflege, daß diese versuche, das Volk

7.) Prins, Mitt. IKV, Bd. 1, erster Jahrgang 1889, S. 31

8.) Prins aaO, S. 31, 32, Nachweise

solange als möglich vom Gefängnis fern zu halten, anstatt es wegen der unbedeutendsten Handlungen ins Gefängnis zu bringen, entspricht im wesentlichen dem im französischen Rechtskreis von Bonneville de Marsangy entwickelten Grundsatz, daß man mit der Strafe haushälterisch umgehen müsse, weil sie den Bestand an Ehrbarkeit vermindere, die schließlich den sittlichen Reichtum einer Nation ausmache⁹.

Für alle diese Sanktionen oder Vorstellungen war zwar wesentlich, daß sie zwar auf die übliche Geld- oder kurzfristige Freiheitsstrafe verzichteten - und an diese Stelle eine ernsthafte Ermahnung oder Verwarnung setzten - es mangelte ihnen aber, um sie als materielle Vorläufer der Verwarnung mit Strafvorbehalt begreifen zu können, an der für den Fall des Mißlingens bereits unbedingt ausgesprochenen, bestimmten Sanktion.

Während diese Verwarnungen also einen letzten Versuch mit einer "lex imperfecta" darstellen, handelt es sich bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt um einen "letzten Versuch" unter definitiver Feststellung, welche Sanktion Platz greift, falls dieser Versuch vergeblich war.

9.) zitiert nach Bachem, Die bedingte Verurteilung 1894, S. 3 ff.; Prins aaO, S. 28 ff.

4. Entwicklung des Probationsmodells

Diesen materiellen Kriterien entspricht jedoch ein englisches Institut, das als Vorläufer der Probation gesehen werden muß. Zwar war in der deutschen Literatur um die Jahrhundertwende die Ansicht vorherrschend, die Probation sei aus Amerika (nämlich Massachussets) nach England gekommen¹⁰. Um die Vorstufe dessen, was heute unter Probation im anglo-amerikanischen Rechtskreis verstanden wird, geht es, wenn man die Wurzel der Verwarnung mit Strafvorbehalt sucht¹¹.

a) sentence, conviction

Ausgangspunkt war die im englischen Strafprozeß seit alters her bekannte Unterscheidung von Schuldspruch und Straffestsetzung (conviction, sentence)¹². Bei normalem Ablauf

10.) vgl. v. Liszt, ZStW 9 (1889), 762; Seuffert, Verhandlungen des 21. Juristentages I, II, S. 227, 231; Wach, "Die Reform der Freiheitsstrafe", 1890, S. 21; Mitt. IKV, V 539; Ignazius, ZStW 21 (1901), 732 ff., S. 734, Anm. 9 mit Nachweisen. Daran ist richtig, daß die heutige Probation entscheidend durch das Modell von Massachussets beeinflusst war. Unter gleichem Namen gab es aber früher schon in England Institute.

11.) vgl. Grünhut, ZStW 64 (1952), S. 132

12.) v. Caemmerer, Probation, S. 9 ff.; Grünhut, ZStW 64 (1952), 127 (132, 139)

erfolgt nach dem Schuldspruch der Jury das Strafmaurteil des Richters. Es war jedoch ein grundsätzliches Recht des Richters, diese Straffestsetzung - zunächst einmal kurzfristig - aufzuschieben, um sich die Zeit für weitere Überlegung zu sichern¹³.

b) recogniscance

Um sicher zu stellen, daß nach Ablauf dieser Frist der Angeklagte zur Entgegennahme des Urteils erscheinen würde, mußten Vorkehrungen getroffen werden. Dies geschah, indem dem Angeklagten in besonderer, ritualisierter Form eine Verpflichtungserklärung abgenommen wurde. Er versprach feierlich, zu jedem Zeitpunkt, zu dem ihm das Gericht eine Ladung zustelle, zu erscheinen und sein Urteil entgegenzunehmen. Dies wurde "recogniscance" genannt.

Bei Fällen von erheblicher Bedeutung war es üblich, daß eine Sicherheit verlangt wurde. Sicherheit konnte durch Realleistung, aber auch durch Brgen (Eigen- oder Fremdbrgschaften) erbracht werden.

Bezogen auf die oben erwähnten materiellen Kriterien heißt dies, daß eine Maßnahme unter Festsetzung vermögenswerter Nachteile für den Fall der Zuwiderhandlung vorlag. Motiv war anfänglich

13.) Ignazius, S. 735 mit Nachweisen zum englischen Recht.

jedoch allein der prozessuale Anspruch, daß der Angeklagte wieder vor Gericht erscheine und (noch) nicht eine kriminalpolitische Einsicht, nämlich einen materiellen oder ideellen Einfluß auf den Delinquenten zu nehmen, um ihn von Straftaten abzuhalten.

Bezogen auf das gewünschte Verhalten (Erscheinen vor Gericht) war die Strafe jedoch für den Fall des Zuwiderhandelns bereits konkret festgesetzt, also ein Punkt, der der Verwarnung mit Strafvorbehalt eigen ist und sie von anderen Instituten, insbesondere dem Probationsmodell heutiger angelsächsischer Ausprägung, unterscheidet¹⁴.

5. Die englischen Friedensbürgschaften als Vorläufer der "Verwarnung"

Diese "recogniscance", die man auch als eine besondere Art von Schuldversprechen bezeichnen kann, kam in verschiedenen Gestaltungsformen - je nach örtlicher und zeitlicher Übung - als Friedensbürgschaft im weitesten Sinne vor¹⁵.

a) recogniscance for the peace and good behaviour

Für die vorliegende Untersuchung ist insbesondere

14.) vgl. zum heutigen System v. Caemmerer, S. 9 ff.

15.) Ignazius, S. 738; vgl. auch Oetker, GS, Band 92, S. 2, Anm. 1

eine Ausprägung der Friedensbürgschaft bei der aus spezialpräventiver Überlegung heraus die ursprüngliche prozessuale Pflicht erweitert wurde von Bedeutung. Diese Erscheinungsform wurde "recogniscance for the peace and good behaviour" genannt. Dabei handelte es sich um feierliche Versprechungen, die von Personen verlangt wurden, bei denen es zu einem Verstoß gegen ein geltendes Gesetz gekommen war, und bei denen sichergestellt werden sollte, daß sie die Rechtsordnung in Zukunft nicht mehr tangieren sollten. Nach der Feststellung der Schuld (also nach der conviction) wurde eingehalten und noch nicht verurteilt.

Konkret wurde z.B. eine Person, die sich durch eine Tätlichkeit strafbar gemacht hatte, in der Form der Friedensbürgschaft verpflichtet, sich in Zukunft ordnungsgemäß zu verhalten¹⁶. Zur Bekräftigung mußte er versprechen, daß er eine bestimmte Summe an die Krone zahle, wenn er gegen diese Versicherung verstoße. Eine weitere Sicherung dieses Versprechens durch die Stellung eines Fremdbürgen war möglich¹⁷.

16.) Es wird nicht übersehen, daß es auch "recogniscance for the peace and good behaviour" gab, die rein spezialpräventiv und nicht tatbezogen, also ohne vorheriges Delikt aufgrund irgendwelcher Auffälligkeiten oder Prognosen verlangt wurde; diese Erscheinungsform wird jedoch nicht weiter verfolgt.

17.) v. Caemmerer, S. 9, 10, mit ausf. englischen Nachweisen; Ignazius, S. 738 Abs. 9

b) Inhaltskontrolle an Hand formeller und materiel-
ler Kriterien

Läßt man einmal die Frage außer Betracht, ob diese Friedensbürgschaften nur neben den eigentlichen Strafen für die jeweiligen Delikte möglich waren oder, ob sie anstelle solcher Strafen verhängt wurden - was offensichtlich beides zu verschiedenen Zeiten praktiziert worden ist -, so stellt sich eine solche Friedensbürgschaft ihrem tatsächlichen Erscheinungsbild nach als eine Verwarnung mit Strafvorbehalt dar.

Für den Fall zukünftiger, erneuter Zuwiderhandlung gegen ein Strafgesetz ist die bereits bei Abgabe der Bürgschaft definitiv festgesetzte Schuldsumme verwirkt. Aus der vom Gerichtsschreiber niedergelegten Beurkundung des Schuldversprechens ist die Zwangsvollstreckung unmittelbar möglich¹⁸.

Wo diese Friedensbürgschaften an die Stelle sonst verwirkter Geld- oder Freiheitsstrafen treten, handelt es sich auch ganz offensichtlich um auf die Tat bezogene, unter Vorbehalt ausgesetzte Strafen. Solche Friedensbürgschaften, die als Ersatz für die eigentlich verwirkte Strafe verhängt

18.) v. Caemmerer, S. 9

werden, sind von der Struktur und der Funktion her gesehen echte Verwarnungen mit Strafvorbehalt. Sie finden sich insbesondere bei Vergehen, die im englischen Rechtskreis den "misdemeanours" zugerechnet werden¹⁹.

Es ist zu erkennen, daß es sich dabei vorwiegend um ein spezialpräventives Instrument zur Verhütung von Unbotmäßigkeiten und Gesetzwidrigkeiten handelt; hierin liegt auch die unmittelbare Verwandtschaft zur ursprünglichen Friedensbürgschaft, die das Erscheinen vor Gericht sichern sollte. Zu einer eigenständigen und dauerhaften Verwirklichung der Friedensbürgschaft als einer von mehreren denkbaren Reaktionsmöglichkeiten kam es jedoch nicht.

c) Entwicklung des gesetzgeberischen Anwendungsbereiches

Aus diesen Friedensbürgschaften entwickelte sich unter maßgeblicher Vorarbeit von Matthew Davenport Hill das Probationssystem. Im Jahre 1847 wird durch den "Juvenile Offenders Act" die Möglichkeit eröffnet, Jugendliche unter 14 Jahren gegebenenfalls ohne Strafe, aber mit einer Friedensbürgschaft

19.) vgl. Ignazius, S. 739, Anm. 19

zu entlassen²⁰.

Im Jahre 1861 dehnt der "Criminal Law Act" die Möglichkeit der Friedensbürgschaft, die bis dahin nur für kleinere Delikte (misdemeanours) gegeben war, auf schwerere Delikte der "felonies" aus.

Im Jahre 1879 kodifizierte der "Summary Jurisdiction Act" die von der Rechtsprechung bis dahin bereits gehandhabte Regelung²¹.

Im Jahre 1887 erweitert der "Probation of First Offenders Act" die bis daher auf Grund gesetzgeberischer Entscheidung nur im Verfahren der summarischen Gerichtsbarkeit anwendbaren Regelungen auf die gesamte Gerichtsbarkeit, was zuvor gestützt auf Common law entsprechend angewandt worden war.

d) Zusammenfassung

Es ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung im

20.) vgl. in diesem Zusammenhang auch die eigenständige Entwicklung von "Probations-Modellen" im Jugendstrafrecht in §§ 27 ff.; Brunner, JGG, § 27, Ziff. 1; Dallinger-Lackner, JGG, § 27, Anm. 1; Schaffstein, § 26, Ziff. 1, 2; Potrykus JR 61, 407, Abschnitt I

21.) vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte Hoefer, Bewährungsfrist vor dem Urteil, S. 46, 47

einzelnen näher zu klären, wie diese im weiteren Sinne vorläufigen Kodifikationen im Verhältnis zur Verwarnung mit Strafvorbehalt strukturiert und aufgebaut waren.

Es war lediglich darzustellen, wo zum ersten Mal strafrechtliche Institute Anwendung fanden, die materiell gesehen der Verwarnung mit Strafvorbehalt entsprachen, und welche Motive dieser Regelung zu Grunde lagen.

Dabei ist der spezialpräventive Charakter der damaligen Regelung besonders deutlich geworden, verbunden mit dem Bemühen, eine Sanktion zu handhaben, die deutlich unter der Schwelle der Strafe lag.

Diese Institute haben sich im englischen Rechtskreis später weiterentwickelt, d.h., wegent-wickelt von ihrer ursprünglichen Form und hin zu dem Modell, das wir heute als probation kennen²². Die damaligen Friedensbürgschaften hatten - insbesondere wegen des völligen Fehlens des probation-officer - kaum Ähnlichkeit mit dem heutigen System.

22.) Es wird hier der Unterschied von probation und sursis nicht näher untersucht. Eine Abgrenzung zur Verwarnung mit Strafvorbehalt erfolgt nur soweit, als dies für die jeweils untersuchten Fragen von Bedeutung ist. Zu dieser Unterscheidung vgl. Jescheck, NS 3. Band, 30. Sitzung, 127; Gallas, NS 1. Band, 5. Sitzung, 109; Welzel, NS 1. Band, 5. Sitzung, 101 ff.; Hall, ZStW 66 (1954), 77 ff. (85); Sturm, Prot. V 24, 422; V 43, 811; Lackner, NS 1. Band, 8. Sitzung, 185 ff.

Immerhin wird dabei deutlich, daß

- aa) das Institut sich ursprünglich aus einer prozessualen Erscheinungspflicht entwickelte,
- bb) es spezialpräventiv zukünftige, weitere Begehung von Delikten verhindern sollte,
- cc) eine Verurteilung noch nicht erfolgt war, was sich bereits aus dem Schuldinterlokt ergab.

Aus diesen Untersuchungen folgt deswegen weiter, daß die Verwarnung mit Strafvorbehalt zumindest keine Erfindung im Zuge moderner, kriminalpolitischer Einsichten ist. Es handelt sich ganz offensichtlich um ein Institut, das - mit allen gebotenen Einschränkungen bezüglich der doch erheblichen Zeitdifferenz - in seinen materiellen Grundzügen bereits vor fast 100 Jahren in England Anwendung fand^{23,24}.

23.) "Friedensbürgschaften" dem Namen, nicht aber dieser materiellen Funktion nach, gab es in verschiedenen europäischen Kodifikationen noch, so u.a. in Art. 27, 28, des ital. StGB von 1889. All diesen Instituten kann nicht nachgegangen werden.

24.) Die Verwandtschaft mit der Friedensbürgschaft wird auch aus der Kommentierung Kleinknecht, StPO, zu § 153a, Anm. 1A deutlich, wo die verurteilungslose Friedensstiftung angesprochen wird.

B DISKUSSION in der REFORMGESETZGEBUNGSGESCHICHTE
MOTIVE und HAUPT EINWÄNDE

I. Überblick

1. Zeitliche Gliederung

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt wurde während drei deutlich gegliederten Zeiträumen von Wissenschaft, Praxis und den gesetzgebenden Körperschaften bzw. deren Ausschüssen eingehend diskutiert und behandelt:

Zum einen ist es die Zeit, in der der E 1936 erarbeitet wurde.

Zum zweiten ist es die Zeit der Großen Strafrechtskommission, mit dem darauf basierenden E 1962.

Der dritte und jüngste Zeitabschnitt schließlich ist die Diskussion im Sonderausschuß Strafrechtsreform, die Gegenvorstellungen im Alternativentwurf und als Quintessenz in gewisser Weise hieraus die dann Gesetz gewordene Regelung der §§ 59 ff. StGB.

2. Zusammenfassende Untersuchung

Eine an sich naheliegende Gliederung der Gesetzgebungsgeschichte nach diesen historischen Ein-

schnitten wird jedoch recht bald illusorisch. Es zeigt sich nämlich, daß anhand dieser zeitlichen Gliederung markante Einschnitte kaum zu finden sind.

Berücksichtigt kann insoweit nur werden, daß ein Teil der gesetzgeberischen Motive für den Entwurf der Verwarnung mit Strafvorbehalt im E 1936 Ausfluß der damaligen Rechtspolitik waren, die im damaligen allgemeinen, autoritären Strafrechtsverständnis wurzelten und die in der späteren Diskussion keine Entsprechung mehr finden.

Es empfiehlt sich deswegen, vorab diejenigen Motive und Einwände zu erörtern, die den E 1936 betreffen. Es ist auch umfänglich nur ein relativ kleiner Aspekt, da die Diskussion über dieses Institut damals nicht lebhaft war und wegen der angedeuteten grundsätzlich verschiedenen Grundeinstellung Parallelen nur bedingt gezogen werden können.

Die Untersuchung der Motive und Einwände, die zur Verwerfung des Instituts durch die Große Strafrechtskommission und zur Aufnahme in das Gesetz auf der Grundlage der Beschlüsse des Sonderausschusses führten, muß jedoch dann einheitlich erfolgen.

Diese zeigt dann nämlich, daß im wesentlichen nur zwei oder drei Hauptargumente bzw. Haupteinwände diskutiert wurden und die zahlreichen übrigen

Formulierungen, Einwände und Vorschläge entweder nur auf die Unterstützung oder Untermauerung dieser Hauptargumente zielten oder inhaltlich trotz abweichender Terminologie sogar identisch waren.

II. Die gesetzgeberischen Motive zum Vorschlag der Einführung einer Verwarnung mit Strafvorbehalt im E 1936

1. Ausnahmeregelung und Erziehungscharakter

Der Regelung im E 1936 lag als strafrechtspolitische Prämisse zugrunde, daß es immer wieder Ausnahmefälle gebe, in denen "wegen der Art der Straftat und der Persönlichkeit des Täters auf eine Sühne gegenüber der Gesamtheit verzichtet werden könne" und "auch das Schutzbedürfnis der Volksgemeinschaft eine Bestrafung nicht unbedingt erheische"¹. Weiterhin wurde ganz offen ausgesprochen, daß der alte deutsche Rechtsgrundsatz "einmal ist keinmal" dadurch verwirklicht werden sollte². Die Anwendung dieses Grundsatzes erlaube es in geeigneten Fällen die Betroffenen vom Makel der Vorstrafe zu befreien³.

1.) vgl. Grau, S. 183

2.) vgl. Grau, S. 184; vgl. später genau gegensätzlich Jescheck, NS 3. Band, 30. Sitzung, 126

3.) vgl. Grau, S. 184

Weiterhin wurde außerordentlich stark betont, daß dieses Institut die Möglichkeit gebe in weitaus stärkerem Maße auf den Täter erzieherisch einzuwirken als dies alle bisherigen strafrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten erlaubt hätten⁴.

Unter diesem Aspekt wurde es auch als das bedeutsamste Mittel in der Reaktionsbeweglichkeit der strafrechtlichen Maßnahmen bezeichnet⁵.

2. Institut soll "Knochenerweichung" des Strafrechts eindämmen

Die vom Mitarbeiter des Reichsjustizministeriums Grau gegebene Begründung läßt recht deutlich werden, daß das Institut - ganz im Gegensatz zu dem Verständnis der anschließend zur referierenden Gesetzgebungsgeschichte der heutigen Regelung - auch zur Eindämmung der "Knochenerweichung" der Strafrechtspflege gedacht war. Es wird nämlich in der Weise argumentiert, daß man die Statistik der nichtvollzogenen Freiheitsstrafen darstellt und festhält, diese Praxis sei der Strafrechtspflege ausgesprochen abträglich gewesen⁶.

Nach Erörterung des Instituts, dem man sehr enge

4.) vgl. Grau, S. 189, 190

5.) vgl. Peters, DStr 1934, 310

6.) vgl. Grau, S. 183 ff.

und klar umrissene Grenzen geben will, wird dann deutlich, daß neben der Verwarnung mit Strafvorbehalt für eine Bewährungsregelung bei kurzfristigen Freiheitsstrafen kein Raum mehr sein soll.

Mit anderen Worten: Man war bereit, ein materielles Institut für Ausnahmefälle zu schaffen. Dies diente jedoch nicht der Erweiterung des Maßnahmenkataloges, sondern in erster Linie der Eindämmung einer Praxis, die kurzfristige Freiheitsstrafen für Ersttäter oder Bagatelldelikte nicht mehr vollziehen wollte.

Es liegt auf der Hand, daß dies auch von der allgemeinen ideologisch-politischen Einstellung her motiviert war und dem grundsätzlich autoritären Staatsverständnis entsprach⁷.

Damit korrespondiert, daß das Institut ganz offen als besonders geeignet für Disziplinierungs- und Erziehungsversuche angesehen wird.

3. Einwände in der Diskussion

Die Einwendungen, die gegen das Institut erhoben wurden und mit denen man sich auseinandersetzte, waren in erster Linie formaler oder technischer

7.) bes. deutlich Grau aaO: Die Machtstellung des Staates kommt für den Volksgenossen am sinnfälligsten in der Strafrechtspflege zum Ausdruck; vgl. auch Bartelt, Verwarnung, S. 11

Natur⁸. Sie sind für die vorliegende Untersuchung im einzelnen nicht fruchtbar, weil der Hauptsatz, warum das Institut eingeführt werden sollte, kaum bestritten wird. Es werden vorwiegend zu formalen bzw. prozessualen Fragen Anmerkungen gemacht⁹.

III. Argumente für die Einführung der Verwarnung mit Strafvorbehalt in der Großen Strafrechtskommission und im Sonderausschuß Strafrechtsreform

1. Der Kampf gegen die kurzfristige Freiheitsstrafe

Ausgangspunkt und geradezu das klassische Argument für die Einführung eines Instituts der Verwarnung mit Strafvorbehalt war in Fortführung des Kampfes der modernen Schule das Angehen gegen den Vollzug der kurzfristigen Freiheitsstrafe. Schon im Grundlagenreferat von Welzel in der Großen Strafrechtskommission wird dies angesprochen¹.

Auch andere Teilnehmer stimmten ausdrücklich zu, so daß dieser Gedanke auch in den Leitsätzen zur

8.) vgl. Peters, DStr 34, 310; Lobe, Gerichtssaal 1935, S. 300 ff.,

9.) soweit diese Bedenken von Bedeutung sind, werden sie später auch bei der Diskussion zum E 1962 vorgetragen und dort behandelt.

1.) Welzel, NS 1. Band, 5. Sitzung, 101; später nochmals 3. Band, 30. Sitzung, 130.

Grundsatzfrage schließlich Niederschlag fand².

Dieser kriminalpolitisch motivierte Grund blieb auch im Sonderausschuß im Vordergrund der Betrachtung³.

Dieses Argument war selbstverständlich weit gewichtiger zu der Zeit, als die kurzfristige Freiheitsstrafe als Instrument der Strafrechtspflege noch für unentbehrlich gehalten wurde⁴. Wenn auch im Verlauf der Diskussion der Strafrechtsreformkommission hier ein entscheidener Wandel vonstatten gegangen war, so stand eine gänzliche Aufgabe der kurzfristigen Freiheitsstrafe nicht zur Diskussion. Dies ergab sich schon daraus, daß für diesen Fall eine Bewährungsregelung für Geldstrafen einzuführen gewesen wäre, was überwiegend abgelehnt wurde⁵. Bei Berücksichtigung dieser veränderten Situation war nach wie vor an der Bedeutung dieses Instituts für die Verdrängung der kurzfristigen Freiheitsstrafe nicht zu zweifeln.

2.) Krille, NS 1. Band, 5. Sitzung, 106; Leitsatz 5b zur Grundsatzfrage, Ersatz der kurzfristigen Freiheitsstrafe

3.) Sturm, Prot. IV 24, 424; Güde, Prot. V 43, 813

4.) Welzel, NS 1. Band, 5. Sitzung, 101, insbes. Umdruck J 1, NS 1, 361

5.) vgl. zur ursprünglichen Lage Schröder NJW 52, 9; vgl. später dann Corves unter Bezug auf Beratung der Strafvollzugskommission Prot. V 102, 2021; Maurach AT, S. 863

2. Die Vermeidung des Makels der Vorstrafe

Das zweite Hauptargument für die Einführung des Instituts war, daß der "Makel der Vorstrafe" vermieden werden konnte.

a) Registervorschlag von Jescheck

Allerdings geriet die Diskussion in der Großen Strafrechtskommission zunächst durch einen Vorschlag Jeschecks auf eine ganz andere Ebene. Jescheck hatte nämlich unter dem Eindruck der Argumente von Gallas vorgeschlagen, den einzigen Unterschied der zwischen der Verwarnung mit Strafvorbehalt und der Strafaussetzung zur Bewährung für ihn damals ersichtlich war (nämlich Vermeidung des Makels der Vorstrafe) durch eine Registerlösung zu erreichen⁶. Damit wäre den Einwendungen aus der Sicht des Schuldstrafrechts Rechnung getragen worden, weil doch eine Verurteilung vorgelegen hätte; lediglich die Auswirkungen dieser Verurteilung in der Außenwelt hätten durch eine Registerlösung behoben werden sollen.

Diese Meinung fand auch zunächst weitgehend Zustimmung⁷.

6.) vgl. Jescheck, NS 1. Band, 8. Sitzung, 191

7.) vgl. u.a. NS Gallas, 1 Band, 9. Sitzung, 198 ff.; Rösch, NS 3. Band, 30. Sitzung, 125; vgl. auch Bartelt, Verwarnung, S. 10 ff.

Erst später kam in der Kommission im Zusammenhang mit dem Vorwurf, eine solche Registerlösung wäre eine gesetzlich sanktionierte Lüge, die Diskussion erneut darüber auf, ob das materiell-rechtliche Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt hier nicht die systematisch sauberere Lösung sei. Nachdem verschiedentlich geltend gemacht worden war, daß es für die Verwarnung außer dieser "Registerwirkung" kein positives Argument zur Einführung gebe, wurde eine Unterkommission eingesetzt, die die Fragen untersuchte, ein entsprechendes Entwurfspapier vorbereitete, das in der Abstimmung dann abgelehnt wurde⁸.

Aus diesem Ablauf folgt, daß das Vermeiden des "Strafmakels" als wesentlich gesehen und gelöst werden sollte.

b) Der Vorwurf der gesetzlich sanktionierten Lüge

In den Diskussionen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform wurde die Frage, ob das Institut wegen seiner Wirkung, daß der Strafmakel vermieden werden könne, eingeführt werden sollte, mit inhaltlich völlig gleichen Argumenten geführt, jedoch gegensätzlich entschieden.

8.) vgl. Krille, NS 3. Band, 30. Sitzung, 130;
Welzel, NS 3. Band, 30. Sitzung, 130

Besonders deutlich wird dies in den Ausführungen von Koffka und Schafheutle⁹. Die Vorstellung des so plastisch immer wieder beschworenen Täters, der aus dem Gerichtssaal kommt und in Anbetracht der ihn eben getroffenen Verurteilung erklären kann, daß er nicht vorbestraft sei, wurde als schlechterdings unerträglich empfunden¹⁰.

Es war ohne wesentliche Gegenstimmen allgemeine Meinung, daß der Makel des Vorbestraftseins eine Tatsache darstelle, die die Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft erschwere. Sehr pointiert formulierte Haffke später, daß diese Verurteilungswirkung eine "gesellschaftliche Ächtung bei Minderung der Chancen für die soziale Integration" darstelle, das "staatliche Bemühen um die Wiedereingliederung in Frage stelle" und deswegen von einem "Stigma der Vorstrafe" gesprochen werden müsse¹¹. Auch in den verwandten jugendgerichtlichen Instituten war diese Bedeutung des Strafmakels gesehen worden und stand bei Anwendung des § 27 JGG mit im Vordergrund¹².

9.) Koffka, Prot. IV 24, 426; Schafheutle, Prot. IV 24, 426

10.) Sturm, Prot. V 43, 812; Güde, Prot. V 43, 813

11.) Haffke, GA 75, 65; vgl. auch Zipf JuS 74, 146

12.) vgl. z.B. Brunner, JGG, § 27, Anm. 1.
Die Beseitigung des Schuldspruches gemäß § 30 II zielt auch auf Beseitigung des Makels der Vorstrafe, die unabhängig vom Nichtvollzug eintritt.

Auch dem Alternativentwurf lag in seinem § 57 in erster Linie die Vorstellung zugrunde, dem Ersttäter den Makel der Vorstrafe zu ersparen, um die volle soziale Wiedereinpassung nach einem einmaligen Fehltritt zu ermöglichen¹³.

3. Sonstige Argumente für Einführung des Institutes

Schließlich gibt es eine Reihe von Argumenten für die Einführung der Verwarnung mit Strafvorbehalt, deren Gemeinsamkeit darin besteht, daß eine Verbesserung des Reaktionskataloges in Form einer Verbreiterung für notwendig gehalten wird.

a) Bereicherung des Reaktionskataloges

Dieses Ziel hat bereits Gallas angesprochen, nach Abschluß des Gesetzgebungsverfahrens ist es nochmals ausdrücklich von Horstkotte unterstrichen worden¹⁴. Im einzelnen wurde dabei auf folgende Gesichtspunkte abgehoben:

- aa) Die Verwarnung mit Strafvorbehalt sei resozialisierungsfreundlicher und geeigneter als die Strafaussetzung zur Bewährung, sie er-

13.) Begründung des AE, 2. Auflg., S. 113

14.) Gallas, NS 3. Band, 30. Sitzung, 127;
Horstkotte DRiZ 75, 15

mögliche sachgemäßere und ethisch richtigere Entscheidungen.

- bb) Die Notwendigkeit, ein spezifisches Institut für Gelegenheitstäter bzw. Ersttäter zu schaffen, spreche für die Verwarnung mit Strafvorbehalt.
- cc) Die Vorstellung, ein Reaktionsmittel eigener Art ermögliche und erleichtere die Wiedereingliederung in die Gesellschaft, sprach für das Institut.
- dd) Schließlich gab es Stimmen, die die Verwarnung als exceptionelles Institut für exceptionelle Täter forderten.

Jede dieser Ansichten beurteilte das Institut aber unter dem Blickwinkel, ob eine so verstandene Verwarnung mit Strafvorbehalt das strafrechtliche Reaktionssystem bereichere¹⁵.

b) Weitere Gründe

Um die Zusammenfassung aller für die Einführung

15.) aa) Welzel, NS 5, 1. Band, 5. Sitzung, 104 ff.;
Lackner, NS 8, 1. Band, 8. Sitzung, 185, 6

bb) Dreher, Maurach-Festschrift S. 285, 6;
Güde, Prot. V 43, 813

cc) Müller-Emmert, Prot. IV 24, 425

dd) Sturm, Prot. V 43, 812

sprechender Gründe zu vervollständigen, muß schließlich noch eine Reihe von Einzelargumenten zusammengestellt werden, die sich systematisch nicht auf einheitliche Gesichtspunkte zurückführen lassen.

- aa) Es wurde geltend gemacht, die Gefahren des Vollzugs der Strafe ganz allgemein (also nicht nur der Freiheitsstrafe) entfielen¹⁶, weil dieses Institut es ermögliche, Taten bei denen ein mangelndes Strafbedürfnis oder ein geringerer Strafcharakter festzustellen sei, ohne realitätsfremden Formalismus zu erledigen¹⁷.
- bb) Weiter wurde die Ansicht vertreten, durch dieses Institut werde es ermöglicht, in Verbindung mit vorgesehenen Auflagen auch in dem Bereich der Kriminalität, in dem normalerweise als Reaktionsmittel nur die Geldstrafe zur Verfügung steht, angemessener und distanzierter reagieren zu können¹⁸.
- cc) Eine konkrete Möglichkeit staatlicher Vor-

16.) Gallas, NS 1. Band, 9. Sitzung, 198, 199

17.) Gallas, NS 1. Band, 9. Sitzung, 198, 199; Pallin, ZStW 84, 1972, 198 (206); vgl. auch in Österreich Broda, Juristische Blätter 72, 309 ff.

18.) vgl. NS 1. Band, 8. Sitzung, 185 ff., Horstkotte, DRiZ 75, 15

beugung erblickten die Vertreter einer Ansicht darin, daß sie den Staat in die Lage versetzt sahen, nicht nur zu strafen, sondern auch zu helfen¹⁹.

- dd) Weiter wurde als Vorzug der Verwarnung mit Strafvorbehalt die Möglichkeit einer Denkkzettelstrafe mit besonderer Eignung zur Sühne des Delikts gesehen²⁰.
- ee) Gründe und Ziele des Institutes werden plastisch auch mit der Bezeichnung "verurteilungsloser Friedensstiftung" beschrieben²¹.
- ff) Als vorteilhaft wurde schließlich erwähnt, daß ein Einfluß des Verhaltens des Täters in der Bewährungszeit auf die Festsetzung der Strafhöhe ausgeschlossen sei, was unter Tatschuldgesichtspunkten von Bedeutung ist²².

19.) Renger, Prot. IV 24, 429; Schwalm, Prot. IV 24, 429; Schafheutle, Prot. V 6, 46; vgl. auch Haffke, GA 75, 65 ff.; Rezbach, S. 20

20.) Schafheutle, Prot. V 6, 46; Welzel, NS 1. Band, 5. Sitzung, 104; Bay. ObLG JR 76, 511; vgl. schon Lobe, GS 105, S. 257 ff. (S. 300, 301); Dreher, Maurach-Festschrift S. 285, 6; Welzel, NS 1. Band, 5. Sitzung, 101

21.) Kleinknecht, StPO, § 153a, Anm. 1.A., die Anmerkung gilt gleichermaßen für §§ 59 ff. StGB

22.) Dreher, Maurach-Festschrift S. 285, 6

- gg) Von den Anhängern des Alternativentwurfes wurde die konkrete Möglichkeit hervorgehoben, durch die Verurteilungswirkung die Einstellung des Täters zur Rechtsordnung zu aktivieren, zu prüfen und ggf. zu verbessern²³.
- hh) Hingegen sah Lobe bei Einführung der Verwarnung mit Strafvorbehalt im Verzicht auf Strafe zur Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit einen eher abstrakten Vorzug²⁴.

23.) Rezbach, S. 20

24.) Lobe, GS 105, S. 257 ff. (300, 301)

IV. Einwände und Gegenargumente

1. Vorbemerkung

Wie vorstehend bereits verschiedentlich erwähnt, war die Verwarnung mit Strafvorbehalt immer umstritten. Die Liste der Namen, die kritische Anmerkungen zum Institut vorbrachten, ist umfangreich und das Gewicht der einzelnen Autoren überwiegend von großer Bedeutung.

Die Einwände lassen sich dabei in neun Gruppen zusammenfassen:

Gerügt wird ein fundamentaler Verstoß gegen das Schuldprinzip.

Das Institut sei nicht in der Lage, den Makel der Vorstrafe zu beseitigen.

Das Institut stelle in Wirklichkeit eine verkappte "bedingte Verurteilung" dar oder anders formuliert, es handele sich um einen "Trick" zur Umgehung der aufgetretenen Registerproblematik.

Für vergleichbare oder identische Fälle würden prozessuale Lösungen zur Verfügung gestellt, was zu Ungereimtheiten führe.

Das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung sei ausreichend und vorzuziehen.

Das Institut verursache einen erheblichen Verlust an generalpräventiver Wirkung des Strafrechts.

Das Institut gerate in unerträgliche Spannungsverhältnisse zum Recht der Ordnungswidrigkeit.

Die Resozialisierungsfreundlichkeit des Instituts sei problematisch.

Dem Institut mangle es an Praktikabilität in verschiedener Hinsicht.

Die vorstehend genannten Punkte bedürfen, um die ganze Tragweite der Einwendungen dazulegen, kurzer Erläuterungen.

2. Verstoß gegen das Schuldprinzip

a) Der Vorwurf Dreher's

Der Regelung wird insbesondere von Dreher der Vorwurf gemacht, sie verstoße gegen das Schuldprinzip. Während man einerseits Probationslösungen ablehne, weil die Gefahr bestehe, daß das Verhalten des Täters während der Probezeit das Maß der Strafe mitbestimme, würde bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt andererseits eine "Lebensführungsschuld" akzeptiert. Das Belastet-

sein mit einer negativen Prognose führe nämlich unabdingbar sofort zur Strafe¹.

Konsequent bezieht sich Dreher dabei auf Maurach, der ausgeführt hatte, daß die nur auf die Gefährlichkeit des Täters abgestellte Aktion in Wahrheit keine Re-aktion, sondern bloße Prophylaxe sei. Maurach formuliert, daß einem solchen Strafrecht das Verbrechen nur zum Anlaß nicht aber zum Rechtsgrund des Einschreitens mache, der Charakter der Strafe als ein dem Verbrechen folgendes, ausgleichendes Übel verlorengelange².

Schließlich rügt Dreher in diesem Zusammenhang noch, daß das Institut den Einbruch der Spezialprävention in den Kernbereich des Erwachsenenstrafrechts vorsehe. Während selbst die Einstellungen nach § 153 StPO vom Unrechts- und Schuldfaktor nicht zu trennen sei, erfordere die Verwarnung mit Strafvorbehalt dies nicht mehr und stelle deswegen ein Verstoß gegen das Schuldprinzip dar³.

b) Der Vorschlag von Welzel

In den Beratungen der Großen Strafrechtskommission hatte Welzel einen Vorschlag unterbreitet, um diesen Vorwurf der Unvereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz

1.) Dreher, Maurach-Festschrift, S. 284, 5

2.) Maurach AT, S. 56 ff.

3.) Dreher, Maurach-Festschrift, S. 283

zu entkräften. Er begegnete jedoch Bedenken wegen der dort vorgesehenen unbedingten Verurteilung mit auszusprechenden Auflagen, die im wesentlichen dem Richter anheimgestellt werden sollten. Diese unbestimmte Richterstrafe wäre nach verschiedentlich geäußelter Überzeugung verfassungswidrig gewesen⁴.

c) Das Problem der Doppelbestrafung

Schließlich wurde noch vorgebracht, daß ein Verstoß gegen das Schuldprinzip auch deswegen vorliege, weil eine Doppelbestrafung vorgenommen werde. Zum einen müsse als Strafübel bereits die Unterstellung unter die besondere Strafdrohung bezüglich der bedingten Verurteilung angesehen werden. Zum anderen komme es bei Eintritt der Bedingung zur tatsächlichen Verhängung. Unterstellung unter die Strafdrohung und Verhängung würden zwei Strafen für das gleiche Delikt darstellen, was unzulässig sei⁵.

d) Einwand und Begründung von Gallas

Diese gewichtigen Argumente gehen auf Einwänden von Gallas zurück, die dieser in der Großen Strafrechtskommission schon vorgebracht hatte⁶. Gallas hatte entscheidend darauf abgestellt, daß die Verwarnung mit derjenigen Reaktion

4.) NS 1. Band, 9. Sitzung, 196, 197

5.) H. Mayer, Kriminologische Forschungen, Band 1, S. 148

6.) vgl. insbes. NS 1. Band, 8. Sitzung, 188 ff.

kommensurabel sein müsse, die zur Anwendung gelangt, wenn keine Verwarnung Platz greift (zum damaligen Zeitpunkt der Diskussion in erster Linie die Möglichkeit der Bewährung).

Gallas präzisiert allerdings einschränkend noch: Es sei zwar richtig, daß es keine Strafe ohne Schuld gebe, aber nicht jede Strafe müsse die Schuld voll ausschöpfen⁷. Werde jedoch die Verwarnung so verstanden und geregelt, daß es sich um keine Strafe handelt, so würden seine Bedenken um so eindringlicher⁸.

Schließlich meinte er, sei es eine ausgesprochene Ungereimtheit, daß die Regelung der Verwarnung mit Strafvorbehalt die Frage offen lasse, ob der Täter völlig ohne Strafe bleibe, oder u.U. einer ganz empfindlichen Strafe unterworfen werde (von damaligem Standpunkt aus auch Vollzug einer kurzfristigen Freiheitsstrafe)⁹.

Unter Berücksichtigung dieser Tatsachen müsse man die Verwarnung mit Strafvorbehalt doch als verkappte "bedingte Verurteilung" verstehen¹⁰.

7.) vgl. Gallas, NS 1. Band, 8. Sitzung, 189

8.) vgl. Gallas, NS 1. Band, 8. Sitzung, 190, 191

9.) vgl. Gallas, NS 3. Band, 30. Sitzung, 127

10.) vgl. Gallas, NS 1. Band, 5. Sitzung, 109

e) weitere Stimmen

Auch Güde vertrat deswegen im Sonderausschuß die Ansicht, daß ein Verstoß gegen das Schuldprinzip vorliege¹¹.

Corves schließlich steuerte ein Argument bei, das ebenfalls die Problematik des Instituts im Verhältnis zum Schuldstrafrecht deutlich macht. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt versteht sich begrifflich als Institut, welches den Täter unter dem psychologischen Zwang der vorbehaltenen Strafe veranlasst, nicht mehr straffällig zu werden. Es liegt dann nahe, daß die vorbehaltene Strafe, um den psychologischen Zwang zu verstärken, relativ hoch festgesetzt wird. Dies wäre aber eben wieder ein Verstoß gegen das Tatschuldprinzip. Vorbehalten darf nur diejenige Strafe werden, die tatschuldangemessen ist und nicht diejenige, die aus spezialpräventiven Gründen u.U. geeigneter wäre, den Täter in Zukunft von der Begehung von Straftaten abzuhalten¹².

3. Keine Beseitigung des Vorstrafenmakels

Der Ansicht, daß durch die Verwarnung mit Strafvorbehalt als materiellem Institut der Makel der

11.) vgl. Güde, Prot. IV 24, 425

12.) vgl. Corves, Prot. V 102, 2021

Vorstrafe dem Täter erspart werden könne, wird von Rösch entgegengehalten, daß das Institut nur einen geringen Effekt haben dürfte, denn die Praxis würde wohl sehr rasch dazu übergehen, nicht mehr danach zu fragen, ob jemand vorbe-straft sei, sondern, ob jemand eben bereits mit Strafvorbehalt verwarnt worden sei¹³.

Während dies eine mehr formale Frage ist, hatte Lobe bereits die Ansicht vertreten, daß die Belastung nicht aus der Verurteilung entstehe, sondern der Täter von der Rechtsgemeinschaft wegen seiner Tat diskriminiert werde und nicht wegen der Verurteilung¹⁴. Auf der gleichen Linie hatte Peters zum E 1936 zweifelnd angemerkt, daß die diskriminierende Wirkung eines solchen Instituts zumindest gleich hoch wie die einer bedingten Verurteilung oder Bewährung einzuschätzen sei¹⁵.

Jescheck zweifelte mit ähnlichen Überlegungen am Unterschied zwischen der Strafaussetzung zur Bewährung und der Verwarnung mit Strafvorbehalt und empfahl zunächst dieses Ziel des "Nichtvorbestraftseins" durch die bereits erwähnte Registerlösung zu erreichen¹⁶.

13.) vgl. Rösch, NS 3. Band, 30. Sitzung, 125

14.) vgl. Lobe, GS 105, S. 301

15.) vgl. Peters, DStr 34, 313

16.) vgl. Jescheck, NS 1. Band, 8. Sitzung, 191

Dreher fragte schließlich mit Blick auf die Frage der Beseitigung des Strafmakels, ob die Maßnahme insoweit überhaupt besonders resozialisierungsfreundlich sei, weil das Institut doch erklärtermaßen gerade auf Erst- oder Ausnahmetäter ziele, bei den überhaupt kein besonderes Bedürfnis zur Resozialisierung bestehe¹⁷.

4. Umgehung der Registerproblematik?

Gallas sah in der Verwarnung mit Strafvorbehalt bei Abwägung aller Faktoren eine "verkappte bedingte Verurteilung"¹⁸. Von dort ist es nicht mehr weit zum Vorwurf, das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt stelle in Wirklichkeit nur eine Umgehung bzw. einen "Trick" dar, um gewisse nachteilige Folgen zu vermeiden, die im Zusammenhang mit der Registerproblematik aufgetreten waren. Schafheutle beurteilte die Verwarnung deswegen als eine materiellrechtliche Lösung strafregisterlicher Vergünstigung¹⁹. Dreher fand, daß man das gewünschte Ziel zu erreichen suche, ohne die "gesetzliche Lüge" bemühen zu müssen. Zugleich konstatierte er, daß dies alles auch durch die Anordnung des Richters, die Verurteilung sei

17.) vgl. Dreher, Maurach-Festschrift, S. 283 ff. (286)

18.) vgl. Gallas, NS 1. Band, 5. Sitzung, 109

19.) vgl. Schafheutle, Prot. V 6, 44

nicht in ein Führungszeugnis aufzunehmen, zu vermeiden gewesen wäre²⁰. Bei all diesen Einwänden war Müller-Emmert der Meinung, daß eine einfache Regelung mit strafregisterlicher Vergünstigung vorzuziehen wäre²¹.

Rösch fand es in dieser Diskussion befremdlich, die Entscheidung für oder gegen das Institut an Hand der Frage seiner strafregisterlichen Folgen zu treffen²².

Welzel schließlich wollte sich zu dem so verstandenen Institut auch nicht erklären und betonte dessen Umgehungscharakter ohne eigene materielle Substanz²³.

Krille fand keine sachliche Unterscheidung und kein echtes Kriterium zwischen Verwarnung und Strafaussetzung mehr²⁴.

Abschließend wurde in diesem Zusammenhang gerügt, die "nachträgliche" Verurteilung stelle eine Fiktion der Einbeziehung der vorbehaltenen Strafe

20.) vgl. Dreher, Maurach-Festschrift, S. 276, 286, 7; vgl. auch Eberhard Schmidt, NS 1. Band, 9. Sitzung, 199

21.) vgl. Müller-Emmert, Prot. IV 24, 425

22.) vgl. Rösch, NS 3. Band, 30. Sitzung, 129

23.) vgl. Welzel, NS 3. Band, 30. Sitzung, 130

24.) vgl. Krille, NS 3. Band, 30. Sitzung, 130

dar. So war es nicht mehr weit zu der pointierten Formulierung, daß die Verwarnung nur einen "technischen Kunstgriff" gegenüber der Verurteilung mit Bewährung darstelle²⁵.

5. Verhältnis zu prozessualen Lösungen

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Einführung des Instituts ergibt sich, wenn man es nicht völlig isoliert sieht, sondern Erledigungsmöglichkeiten anderer Art als die des Urteils in die Untersuchung mit einbezieht. Da das Institut als Ausnahme konzipiert ist, überschneidet sich sein Anwendungsbereich mit einer ganzen Reihe von Fällen, die auch durch Verzicht auf jede Ahndung, durch eine erhebliche materielle Strafminde- rung, durch einen Sondertatbestand, durch Umwandlung in eine Ordnungswidrigkeit oder durch eine Verbesserung prozessualer Einstellungsmöglichkeiten gelöst werden könnten²⁶.

Die erste Alternative entspricht im wesentlichen der gesetzlichen Regelung des § 60 StGB materiell gesehen, bzw. des § 153b StPO prozessual betrachtet.

25.) vgl. Dreher, Maurach-Festschrift, S. 286

26.) vgl. zur Systematik Dreher, Behandlung der Bagatellkriminalität, Festschrift für Hans Welzel, S. 920

Eine materielle Lösung wie z.B. den damals noch geltenden § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB a.F. kennt das geltende Recht in einer allgemeinen Formulierung für unbestimmt viele, abstrakt umschriebene Fälle nicht mehr²⁷.

Die Erledigung einer ganzen Reihe von Anwendungsfällen des Instituts durch Umwandlung in Ordnungswidrigkeiten wird unter dem Oberbegriff "Erledigung der Bagatelldelikte" ausführlich diskutiert²⁸.

Das Verhältnis des Instituts zu § 153 StPO ist schließlich - nicht zuletzt wegen der rechtlichen Einordnungsproblematik dieser "prozessualen" Vorschrift - recht fraglich.

Die Kritik, die der Einführung des Instituts unter diesem Stichwort entgegengebracht wird, läßt sich in zwei Schwerpunkte gliedern:

Das Institut im Gesetz gewordenen Zuschnitt zielt zum einen auf besondere Täterkonstellationen und erfasst damit bei diesen Tätern einen Bereich von Kriminalität (Bagatelldelikte), für die vielfältig andere und abweichende Lösungsmöglichkeiten diskutiert werden und angemessen sind.

27.) Abweichend aber zum Beispiel das österreichische Recht, vgl. hierzu im folgenden noch im Text.

28.) vgl. Dreher, Behandlung der Bagatellkriminalität, mit umfangreichen Nachweisen S. 929.

Das Institut hat grundsätzlich von seiner Konzeption her ein ungeklärtes Verhältnis zu den prozeßrechtlichen Vorschriften. Dies wird besonders deutlich, wenn man die Lösung des § 60 mit der korrespondierenden prozessualen Vorschrift (§ 153b StPO) vergleicht. Insbesondere das Verhältnis zu § 153a StPO, wo vor Durchführung des Verfahrens bei Leistung gewisser "Sühnebeträge" im Ergebnis das gleiche Vermeiden des Strafmakels erreicht wird, vermag der Verwarnung mit Strafvorbehalt nicht gerade zusätzliche Konturen zu verleihen.

6. "Bewährung" kombiniert mit Registerlösung?

a) Allgemein

Verschiedentlich wurde die Ansicht vertreten, daß es für das strafrechtliche Reaktionssystem ausreichend sei, das Bewährungssystem beizubehalten (nachfolgend Ziff. b)) und ggf. dies mit Registerlösungen zu kombinieren (nachfolgend Ziff. c)).

Welzel hatte ursprünglich die Verwarnung mit Strafvorbehalt deswegen der Bewährung vorgezogen, weil er sie für ein vorzügliches Mittel hielt, um die Straftat zu sühnen. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt war für ihn mehr als ein bloßer Denkkzettel, insbesondere die Auflagen, mit denen die Verwarnung nach seiner Meinung zu kombinieren war, ergaben diese Wirkung.

Konkret wollte er eine Variante, bei der zu der Verwarnung mit ihren Auflagen noch Schutz-
aufsicht hinzutreten sollte. Dies war ein ganz
klares Probationsmodell, wobei er jedoch kein
Schuldinterlokut eingeführt sehen wollte²⁹.
Mit diesen Vorstellungen blieb er allein, im
vorliegenden wird weiter nicht auf die die Be-
währung ersetzende Verwarnung mit Strafvorbehalt
im Welzelschen Sinne eingegangen.

b) Die Beschränkung auf die Bewährungsregelung

Das Plädoyer für die Strafaussetzung zur Bewäh-
rung und gegen das Institut der Verwarnung mit
Strafvorbehalt wurde insbesondere damit begrün-
det, daß man der Verwarnung einheitlich eine we-
sentlich schwächere generalpräventive Wirkung zu-
billigte als der Bewährungsregelung³⁰.

In der Beratung des Sonderausschusses Straf-
rechtsreform des Deutschen Bundestages sah
Sturm sogar in diesem Argument den tragenden
Gesichtspunkt, warum die Große Strafrechts-
kommission das Institut damals abgelehnt hatte³¹.

29.) NS 1. Band, 5. Sitzung, 104 ff.

30.) Dreher, Maurach-Festschrift, S. 286, 287;
Jescheck, NS 3. Band, 30. Sitzung, 127;
Kaffka, NS 3. Band, 30. Sitzung, 126;
Rezbach, S. 13; Lackner, NS 1. Band, 8. Sitzung,
186; 3. Band, 30. Sitzung, 122 ff.

31.) Sturm, Prot. V 43, 811

Schließlich wurde nachdrücklich betont, daß das Gesamtsystem der Strafrechtsreaktionen einfach und übersichtlich gehalten werden sollte. Nachdrücklich wies insbesondere Eberhard Schmidt daraufhin, daß es neben dem Institut der Strafaussetzung zur Bewährung keine Notwendigkeit zu weiterer Komplikation gebe³².

Einheitlicher Tenor dieser Ansicht war: Es gibt kein Bedürfnis für die Verwarnung mit Strafvorbehalt neben der Strafaussetzung zur Bewährung³³.

c) Plädoyer für die Registerlösung

In einem engen Zusammenhang mit dem Argument, daß das Institut neben der Bewährungsregelung nicht nötig sei, steht das Argument, den einzigen gewichtigen Vorteil der Verwarnung mit Strafvorbehalt (nämlich die Vermeidung des Strafmarks), könne man auch durch eine entsprechende registerliche Lösung erreichen. Diese oben bereits erwähnte Idee stammt von Jescheck³⁴. Sie war in der Großen Strafrechtskommission zunächst auf Zustimmung gestoßen³⁵. Man hatte

32.) Eberhard Schmidt, NS 1. Band, 8. Sitzung, 190; vgl. auch Müller-Emmert, Prot. IV 24, 425 und Sturm, Prot. V 43, 811 ff.

33.) vgl. auch Zipf JuS 74, 146

34.) Jescheck, NS 1. Band, 8. Sitzung, 191

35.) vgl. z.B. Eberhard Schmidt, NS 1. Band, 9. Sitzung, 199; Krille, NS 3. Band, 30. Sitzung, 124

damals allerdings bereits erkannt, daß es u.U. doch Bedenken begegnet, wenn der eben verurteilte Täter, dem lediglich Bewährung eingeräumt wird, aus dem Gerichtssaal gehen kann und sich als nicht vorbestraft bezeichnen darf³⁶.

Ein neues strafrechtliches Reaktionsmittel, das nur negativ gegen die "Bewährung" abgegrenzt werden kann, wird dann von Rösch äußerst skeptisch beurteilt, weil es für die Frage der Einführung einer neuen Maßnahme im Reaktionskatalog nicht lediglich um die Frage strafregisterlicher Folgen gehen könne³⁷.

Dennoch gab es auch noch im Sonderausschuß Strafrecht vereinzelte Stimmen für eine solche "Registerlösung"³⁸.

Im grundsätzlichen faßt Dreher diese Vorstellungen treffend zusammen, wenn er auf der einen Seite die Geldstrafe als notwendig zu vollziehende Strafe ansah und andererseits nachteilige Wirkungen in der Registerfrage gelöst sehen wollte³⁹.

36.) Lackner, NS 3. Band, 30. Sitzung, 124

37.) Rösch, NS 3. Band, 30. Sitzung, 129

38.) Müller-Emmert, Prot. IV 24, 425; Corves, Prot. V 102, 201

39.) Dreher, Maurach-Festschrift, S. 286, 7, 293, 4 im übrigen basieren beide Ausgangspunkte auf Feststellungen von Jescheck in der Großen Strafrechtskommission, vgl. NS 1. Band, 8. Sitzung 191 und NS 1. Band, 9. Sitzung, 200, 201

7. Aufweichung des Strafsystems

Der Verwarnung mit Strafvorbehalt wurde schließlich nachgesagt, sie führe zu einer "Aufweichung des Strafsystems"⁴⁰. Auch Welzel hielt eine Schädigung der Rechtstreue der Allgemeinheit und eine Schwächung der sittenbildenden und abschreckenden Funktion der Strafdrohung für möglich⁴¹. Schwere Bedenken schließlich formulierten Fränkel und Voll, nämlich die "schwere Gefahr einer Erweichung des Ernstes der Strafrechtspflege" und "das Zurücktreten des Ernstes, des Rechts und des gerichtlichen Verfahrens"⁴². Bei diesen "Breitseiten" gegen das Institut fühlt man sich fast an den Schulenstreit erinnert, als von Liszt konstatiert hatte, daß der Erlaß der verwirkten Strafe als mit dem Vergeltungsgedanken unvereinbar empfunden werde⁴³.

8. Spannung zum Ordnungswidrigkeitenrecht

Das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt, insbesondere, wenn man es gar wie der Alternativenwurf als eine allgemeine, nicht auf

40.) Krille, NS 3. Band, 30. Sitzung, 130

41.) Welzel, NS 1. Band, 5. Sitzung, 101

42.) Voll, NS 3. Band, 30. Sitzung, 128; Fränkel, NS 3. Band, 30. Sitzung, 128

43.) v. Liszt, Vergleichende Darstellung, S. 55

Ausnahmefälle beschränkte Vorschrift ausgestaltet sehen wollte, geriet nach Ansicht von Zipf und Dreher auch in unerträgliche Spannungen zum Recht der Ordnungswidrigkeiten⁴⁴. Da im Ordnungswidrigkeitenrecht entsprechende Ausnahmeregelungen nicht vorgesehen sind, sind in der Tat Probleme denkbar. Häufig diskutierter Beispielsfall war der Verkehrsunfall, bei dem der Täter, der eine fahrlässige Körperverletzung des Gegners verschuldet hatte, möglicherweise mit einer Verwarnung mit Strafvorbehalt belegt werden könnte und sein Gegner, der sich lediglich wegen eines Verstoßes gegen eine bußgeldbewehrte Vorschrift der StVO zu verantworten hätte, diese Buße in Mark und Pfennig bezahlen müßte. Interessanterweise taucht deswegen auch gerade dieser Gedanke in den ersten Entscheidungen der Rechtsprechung zu § 59 ff. auf⁴⁵.

9. Eignung zur Resozialisierung?

Schließlich wurde gegen die Behauptung, das Institut sei besonders resozialisierungsfreundlich, eingewandt, daß diese Ansicht am Kern der

44.) Dreher, Maurach-Festschrift, S. 290;
Zipf, JuS 74, 146

45.) Bay. ObLG 1975, 127; AG Landstuhl, MDR 1976
66; AG Alzey, DAR 1975, 163.

Sache vorbeigehe⁴⁶. Gehe man davon aus, daß das Institut nur in Ausnahmefällen Anwendung findet (also abweichend von den Intentionen des Alternativentwurfes), so handele es sich ja in allen diesen Fällen um Täter, die in Ausnahmesituationen oder unter außergewöhnlichen Umständen straffällig geworden seien. Diese Täter seien nicht resozialisierungsbedürftig. Sie würden auch ohne Strafe mit aller Wahrscheinlichkeit in Zukunft ein straffreies Leben führen⁴⁷.

10. Praktikabilität

Schließlich werden gegen das Institut auch deswegen Bedenken erhoben, weil man es für nicht ausreichend praktikabel hält. Diese Bedenken klingen bereits in der Diskussion über den E 1936 an. Corves und Eberhard Schmidt befürchten, daß das Institut eine große praktische Bedeutung nicht erreichen könne⁴⁸.

46.) Dreher, Maurach-Festschrift, S. 283 ff.;
Dreher, Welzel-Festschrift, S. 929 ff.

47.) vgl. diesen Aspekt auch schon unter B IV 3
oben

48.) Lobe, GS 105, 257 ff. (301, 302);
Corves, Prot. V 102, 2021; Eberhard Schmidt,
NS 1. Band, 8. Sitzung, 190

V. Zusammenfassung und Beurteilung

1. Ausnahmeinstitute und Erziehungscharakter

Die im Zusammenhang mit dem Entwurf 1936 vorgebrachten Argumente vermögen heute nicht mehr zu überzeugen. Insbesondere die Realisierung des Grundsatzes "einmal ist keinmal" steht gerade nicht mehr zur Debatte¹.

Die auf den ersten Blick fast widersprüchliche Tatsache, daß bei damalig strikt autoritärem Staats- und Strafrechtsverständnis die "Verwarnung" eingeführt werden sollte, erklärt sich insbesondere daraus, daß neben einer solchen Verwarnung eine Bewährungsregelung für kurzfristige Freiheitsstrafen eben gerade nicht zur Verfügung gestellt werden sollte.

Vom späteren Ansatzpunkt, daß die Strafaussetzung zur Bewährung - die ja nicht zufällig erst nach dem Ende des 2. Weltkrieges eingeführt werden konnte - völlig unbestritten war, und die Verwarnung mit Strafvorbehalt lediglich ergänzend geschaffen werden sollte, war damals überhaupt noch keine Rede.

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt im Entwurf 1936 und die §§ 59 StGB verbindet also nur, daß beide Ausnahmeinstitute waren. Während jedoch der Entwurf 1936 neben der Verwarnung keinerlei andere Reaktion

1.) Jescheck, NS 3. Band, 30. Sitzung, 127

zur Verfügung stellte, ergänzt § 59 StGB heute ein umfangreiches strafrechtliches Reaktionssystem. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Verwarnung mit Strafvorbehalt und die Regelung der Strafaussetzung zur Bewährung nach nunmehr geltendem Recht sich kaum überschneiden².

Der stark betonte Erziehungsgedanke ist im wesentlichen wohl nichts anderes als spezifisch spezialpräventives Denken. Wenn Dreher in der Verwarnung mit Strafvorbehalt den ersten großen Einbruch der Spezialprävention im Erwachsenenstrafrecht sieht, so wird diese Verbindungslinie deutlich. Unzweifelhaft enthält das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt kriminalpolitisch wie auch historisch ein sehr starkes spezialpräventives Element. Davon unberührt liegt es auch im Interesse der Allgemeinheit, daß bei den entsprechenden Sachverhalten nicht die volle Härte - sprich Nichtflexibilität - des Strafgesetzes Anwendung findet und dadurch u.U. weit schädlichere Wirkungen auf den Täter erfolgen oder ermöglicht werden. Der "Erziehungsgedanke" ist im spezialpräventiven Ansatz des Instituts enthalten, soweit man sich von der Anwendung des Instituts eine besonders motivierende Auswirkung erwartet. Den Ausdruck "Erziehung" scheut man jedoch im

2.) Sturm, Prot. V 43, 812; vgl. auch Güde, V 43, 813. Die langwährende Diskussion um "Anschluß- oder Überschneidungslösung" ist durch die Beschränkung der §§ 59 ff. auf die Geldstrafe sowie §§ 56 ff. weitgehend obsolet geworden.

Erwachsenenstrafrecht, anders als im Jugendstrafrecht. In einer Gesellschaftsordnung, die verfassungsgemäß auf freie Selbstverwirklichung zielt, darf Strafe nicht vordergründig repressive "Um"-erziehung sein, sondern allenfalls positive Bedingung zur sozialen Wiedereingliederung aufgrund eines eigenen Willensentschlusses. § 46 I Satz 2 StGB sagt das jetzt ausdrücklich.

2. Bedeutung des Ansatzes "Kampf gegen die kurzfristige Freiheitsstrafe"

Soweit mit der Verwarnung mit Strafvorbehalt die kurzfristige Freiheitsstrafe bekämpft werden sollte, ist dieses Argument weitgehend hinfällig geworden. Es darf jedoch nicht unterschätzt werden, welche Wirkung dabei die Diskussion um die Einführung der Verwarnung mit Strafvorbehalt gehabt hat.

a) Große Strafrechtskommission

In der Großen Strafrechtskommission ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt eigentlich immer vor dem Hintergrund gesehen worden, welches Strafsystem man nun tatsächlich einführen wollte. Lange Zeit herrschte die Meinung vor, daß neben Zuchthaus- und Gefängnisstrafe als dritte Strafart die Haftstrafe (gleichsam als Sonderform der kurzfristigen Freiheitsstrafe)

eingeführt werden sollte, weil man meinte, nicht auf sie verzichten zu können³.

Insoweit war es immer problematisch, ob die Verwarnung mit Strafvorbehalt in diesem System noch einen Platz haben konnte. Die Haftstrafe als kurzfristige Freiheitsstrafe war ja nur dort sinnvoll, wo die Aussetzung zur Bewährung nicht zur Debatte stand.

Weiterhin wurde die Diskussion dadurch kompliziert, daß man sich nicht einig war, ob die Obergrenze, bis zu der die Verwarnung hätte angewendet werden können, bei drei Monaten oder bei sechs Monaten liegen sollte⁴.

Aus alledem folgt, daß die Diskussion um die Verwarnung mit Strafvorbehalt in der Großen Strafrechtskommission schon deswegen nicht so im Mittelpunkt des Interesses stehen konnte, weil an der Prämisse, die kurzfristige Freiheitsstrafe sei grundsätzlich kriminalpolitisch notwendig, überwiegend festgehalten wurde⁵.

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt war von Welzel in seinem Grundlagenreferat deswegen im Ansatz ja auch abweichend konzipiert worden. Er wollte mit

3.) Gallas, NS 1. Band, 7. Sitzung, 149 ff.; Schwalm, NS 1. Band, 7. Sitzung, 141 ff.

4.) vgl. Gallas, NS 3. Band, 29. Sitzung, 94

5.) Welzel, NS 1. Band, 5. Sitzung, 104 ff.

der Verwarnung mit Strafvorbehalt (zudem noch in zwei Spielarten) die Bewährungsregelung ersetzen. Soweit die Bewährungsregelung sich gegen die kurzfristige Freiheitsstrafe richtet, war dies - wohl mehr unausgesprochen - mitumfaßt. Nachdem die Kommission seine Variante von Anfang an nicht akzeptieren wollte, blieb als einziger Unterschied gegenüber der Bewährung für die Verwarnung mit Strafvorbehalt der nicht vorhandene Makel der Vorstrafe und nicht ein Argument gegen die kurzfristige Freiheitsstrafe. Dies wurde auch verschiedentlich ganz deutlich ausgesprochen⁶.

b) Sonderausschuß Strafrechtsreform

Anders war dies im Sonderausschuß Strafrechtsreform. Während man im Ausschuß in der 4. Wahlperiode des Bundestages im Zusammenhang mit der Diskussion über das Institut darum rang, ob es nur für Freiheitsstrafen oder auch für die Geldstrafe einzuführen sei, war Hintergrund immer noch die Frage, inwieweit das Institut sich dann mit einer Bewährungsregelung überschneide, die für kurzfristige Freiheitsstrafen vorzusehen war.

Erst die fortgeschrittene Meinungsbildung im Rahmen der Arbeit des Sonderausschusses während der 5. Wahlperiode, die bereits die Verhängung und im übrigen den Vollzug kurzfristiger Freiheitsstrafen

6.) Welzel, NS 1. Band, 5. Sitzung, 104 ff.; im übrigen vgl. vorstehend III 2 insbes. Anm. 6-8

von bis zu 6 Monaten nur noch in Ausnahmefällen vorsah, brachte hier eine Vorentscheidung.

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt brauchte - war einmal die Entscheidung gegen Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten im Prinzip gefallen - nicht mehr bemüht werden. Die Überschneidungslösung war damit überflüssig geworden.

In der ausführlichen Auseinandersetzung um die kriminalpolitische Notwendigkeit war man aber in der Zwischenzeit im Ausschuß davon überzeugt, daß das Institut als solches eine Daseinsberechtigung habe und bestimmt seinen Anwendungsbereich auf Sachverhalte für die Geldstrafe von maximal 180 Tagesätzen verwirkt wäre. Im Regelfall ergab dies eine Anschlußlösung. Bis zu 6 Monaten wird Freiheitsstrafe im Regelfall nicht verhängt, insoweit wäre Geldstrafe bis zu 180 Tagesätzen verwirkt (6 Monate á 30 Tagesätze = 180 Tagesätze). In engumschriebenen Ausnahmefällen steht die Verwarnung mit Strafvorbehalt zur Verfügung.

c) Entwicklungstendenzen

Die Entwicklung ist also deutlich: Das Justizministerium hatte in der Großen Strafrechtskommission Haft- und Gefängnisstrafe unterschieden und dieser die Bewährung und jener die Verwarnung

mit Strafvorbehalt zugebracht. Der Hintergrund war die Bekämpfung der kurzfristigen Freiheitsstrafe. Die Kommission verwarf die Lösung. Außer der Bewährung wurde kein Institut eingeführt.

Der Sonderausschuß Strafrechtsreform löste das Problem der kurzfristigen Freiheitsstrafe mutiger und radikaler. Bei Taten, die Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten erforderten, wird im Regelfall keine Freiheitsstrafe verhängt. Wo dennoch ausnahmsweise Freiheitsstrafe verhängt wird, kann die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt werden.

Für insoweit verwirkte Geldstrafen gibt es eine Möglichkeit zur Vermeidung der Verhängung der Strafe.

d) Zusammenfassung

aa) Der Kampf der modernen Schule gegen die kurzfristige Freiheitsstrafe hat die Entscheidung für die Einführung der Verwarnung mit Strafvorbehalt entscheidend mitbeeinflusst.

bb) Zum Zeitpunkt der tatsächlichen Einführung diente die Verwarnung mit Strafvorbehalt nicht mehr der Eindämmung kurzfristiger Freiheitsstrafen, sondern der Schaffung der Mög-

lichkeit, auch im Bereich der Geldstrafe in besonders gelagerten Fällen Strafe nicht verhängen zu müssen.

cc) Dieser Bereich der Entwicklung ist Gesetzgebungsgeschichte. Wesentliche Streitfragen hieraus sind heute nicht mehr ersichtlich.

3. Wird der Makel der Vorstrafe vermieden?

Was schließlich die Diskussion um die Frage angeht, ob der Makel der Vorstrafe tatsächlich vermieden werden könne oder nicht, so muß unterschieden werden.

a) Begrifflicher und empirischer Unterschied

Rein begrifflich besteht kein Zweifel, daß durch die Einführung des materiell-rechtlichen Instituts der Verwarnung mit Strafvorbehalt der betreffende Täter nicht vorbestraft ist. Daneben gilt es freilich zu untersuchen, ob diese materielle Lösung ihrerseits nicht etwa die Umgehung einer tatsächlich doch vorliegenden bedingten Verurteilung darstellt.

Wäre dem so, so müßte dem Institut seine Wirksamkeit zur materiellen Lösung der Vorstrafenproblematik abgesprochen werden⁷.

7.) vgl. hierzu B IV, 3 und 4

Ob man mit der Einführung des Instituts zugleich das Ziel erreicht hat, daß der Betreffende im sozialen Leben nicht mehr diskriminiert wird, ist kein rechtliches, sondern ein tatsächlich/empirisches Problem. Es besteht in der Tat die Gefahr, daß die Diskriminierung in der Praxis auf "Verurteilung zu Verwarnung mit Strafvorbehalt" ausgedehnt wird.

Dies wäre sicherlich insbesondere dann der Fall gewesen, wenn man die Verwarnung mit Strafvorbehalt, dem Alternativentwurf folgend, als Rechtsfolge für die Eingangsstufe der kleineren Kriminalität begriffen hätte; auf diese Weise hätte man lediglich auf einem unnötigen Umweg Straftaten minderen Gewichts geschaffen. Eine solche Lösung hätte unübersehbar Parallelen zur früheren Haftstrafe gezogen, was die Straftat angeht oder zu den früheren Übertretungen, was die Deliktsnatur angeht. Jeder hätte gewußt, wer mit Strafvorbehalt verwarnt worden ist, ist eben zum ersten Mal straffällig geworden. An eine solche generelle Regelung hätten sicherlich wieder die gleichen Diskriminierungswirkungen wie bei einer Vorstrafe angeknüpft. Auch die Einstellungspraxis von Betrieben wäre mit Sicherheit dazu übergegangen, eine entsprechende Frage in die Einstellungspapiere aufzunehmen.

b) Problematik der Registerlösung

Die gesamte Diskussion zur Registerproblematik

entfällt bei Einführung des materiellen Instituts.

Diejenigen Vertreter, die sich gegen die Registerlösung ausgesprochen haben, können dennoch kaum zufrieden sein. Wer eine solche Regelung bekämpft hat, meint einen Kampf gegen Windmühlenflügel geführt zu haben. Für die systematisch sicher richtigere, auch das Rechtsbewußtsein eher befriedigende Lösung in den Kampf gezogen, müssen diese Befürworter heute mit einer Regelung des Bundeszentralregistergesetzes leben, die ohne Berücksichtigung des speziellen Aspektes der Verwarnung mit Strafvorbehalt im Prinzip das kodifiziert hat, was man im Bereich der kurzfristigen Freiheitsstrafe bzw. der Geldstrafe meinte, nicht hinnehmen zu können⁸. Der heute zu 3 Monaten Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilte Täter kann den Gerichtssaal verlassen und erklären, er sei nicht vorbestraft. In ein Führungszeugnis wird dies nicht aufgenommen, er kann sich auch gegenüber seinem neuen Arbeitgeber sofort als nicht vorbestraft bezeichnen. Das Entsprechende gilt für eine verhängte Geldstrafe bis zu 90 Tagesätzen⁹.

Daß es dennoch in der Auseinandersetzung mit der Neufassung des Bundeszentralregistergesetzes Stim-

8.) vgl. § 30 II Ziff. 5 BZRG

9.) vgl. auch Tröndle, DRiZ 76, 129 ff. (131)

men gibt, die sehr dezidiert der Meinung sind, daß diese in der Neufassung des Gesetzes vorhandenen Möglichkeiten in keiner Weise den gebotenen, resozialisierenden Effekt haben, sei der Vollständigkeit wegen erwähnt¹⁰.

In Kenntnis dieser Entwicklung relativiert sich die Bedeutung des Instituts als der bewußte Schritt für eine materiell-rechtliche Lösung. Dennoch wird man auch bei Berücksichtigung der Gegenargumente als Ergebnis festhalten können, daß die auf materiell-rechtlicher Basis erfolgte Lösung des Strafmakelproblems - der Täter ist eben nicht vorbestraft - das wesentliche Element des Instituts ist.

4. Erweiterung des Reaktionskataloges

Die Frage, ob der strafrechtliche Reaktionskatalog erweitert werde, muß bejaht werden. Nachdem Geltungsbereich und Umfang der Bewährungsregelungen nicht zugunsten der Verwarnung mit Strafvorbehalt eingeschränkt worden sind, ist der Reaktionskatalog vergrößert worden. Wie sehr sich hierbei die jeweiligen Motive unterscheiden, zeigt oben die Zusammenstellung der erheblich differierenden Argumente¹¹.

10.) Haffke, GA 75, 65; als Erwiderung dazu Schoreit, GA 1975, S. 362 ff.

11.) vgl. oben B III

5. Wertung der Gegenüberstellung befürwortender und ablehnender Stellungnahmen

Soweit schließlich im vorstehenden eine ganze Reihe von Einzelargumenten für die Einführung gesammelt und aufgeführt worden sind, so ist dabei kein einziger elementarer Ansatz, der das Institut als solches in Frage stellen könnte. Es sind dies alles teils nützliche, teils am Rande liegende Aspekte. Die aus der Zusammenstellung und Überprüfung positiver Argumente gewonnene Einsicht für die Verwarnung mit Strafvorbehalt läßt sich auch dahingehend formulieren, daß das Institut die negativen Wirkungen der Verhängung einer Vorstrafe auf materiell-rechtlicher Grundlage beseitigte.

6. Verstoß gegen das Schuldprinzip?

Inwieweit das Institut den herkömmlichen Prinzipien des Strafrechts im allgemeinen und den konkret angegangenen Zielen im besonderen tatsächlich zu dienen geeignet ist, ergibt sich erst bei der Betrachtung der Gegenargumente.

Im Mittelpunkt steht dabei die verschiedentlich bereits angesprochene These, daß das Institut gegen den Schuldgrundsatz verstoßen soll.

Von Anfang an umstritten war die Frage, ob das Institut überhaupt in das System unseres Straf-

rechts passe. Gleichgültig, ob man mit Gallas die Kommensurabilität des Instituts mit der Normalreaktion fordert, oder mit Dreher und Maurach die Frage der Strafbarkeit nicht mehr von der Tat, sondern von der Sozialprognose abhängen sieht, es zeigt sich, daß hier gravierende Bedenken ausgeräumt werden müßten. Im Hinweis darauf, daß selbst § 153 StPO ein Verschuldensmoment enthalte, wird zudem deutlich, daß eine isolierte materiell-rechtliche Betrachtung die Problematik nicht völlig ausschöpfen kann.

In diesem Punkt liegt also durchaus eine, wenn nicht sogar die elementare Frage, die nachstehend noch weiter untersucht und vertieft werden muß¹².

7. Umgehung einer bedingten Verurteilung?

Weiterhin wird der Vorwurf erhoben, die Verwarnung mit Strafvorbehalt stelle tatsächlich nur eine "verkappte bedingte Verurteilung" dar. Hinter diesem Vorwurf steckt richtig verstanden die Behauptung, das Institut entbehre eines tatsächlichen Gehaltes. Damit wird zugleich der Zusammenhang hergestellt mit der Problematik, inwieweit das Institut überhaupt materielle Wirkungen habe¹³.

12.) vgl. unten Teil D der Arbeit

13.) vgl. oben B V 3a

Die materielle Wirkung der Verwarnung mit Strafvorbehalt ist jedoch zu bejahen. Zwar ist nicht zu bestreiten, daß sich die materiell-rechtlichen Wirkungen des Instituts darin erschöpfen, eben keine Verurteilung zu sein. Es ist eine strafrechtliche Reaktionsmaßnahme, die es erlaubt, gewisse Auflagen usw. vorzunehmen, die verbunden sind mit der Annahme, daß der Täter sich dies zur Warnung dienen lasse.

Wer dieser Regelung vorwirft, sie verschleierte nur, daß es ausschließlich um das Vermeiden des Vorstrafenmakels geht, ja weitergehend noch, dies solle doch gleich nur im Wege einer Registerlösung erledigt werden, der verkennt eben den Wert, den eine solche materielle, gesetzliche Lösung für diese Fälle bedeutet. Wenn eine materielle Norm die Möglichkeit bietet, unter gewissen Voraussetzungen einen Täter nicht zu bestrafen, sondern ihn lediglich mit Ordnungsmaßnahmen aus dem Verfahren zu entlassen, so ist dies ein qualitativer, materieller, ursprünglich aus dem Gesetz entstehender Vorteil, der einfach nicht gleichgesetzt werden kann damit, daß diese Wirkungen nur des Scheines und der Form halber über eine Registerlösung erzielt werden sollen. Dies gilt auch, obwohl das BZRG heute Registererleichterungen auf formalem Wege geschaffen hat.

Eine Umgehung liegt nicht dort vor, wo das Gesetz selbst dies anordnet. Der Gesetzgeber ist

im Rahmen der Verfassung in der Lage, qualitativ, Unterschiede zu schaffen. § 59 ist insoweit ursprüngliches, materielles Recht, das für den Betroffenen Strafverhängung vermeidet und nicht nur Registererleichterung schafft, d.h., materiell-rechtlich zu bestimmen, wann und wo Strafe verhängt werden muß und wo nicht.

Will man hingegen lediglich die Ziele erreichen, die zugegebenermaßen auch §§ 59 ff. StGB zugrundeliegen, und ermächtigt man deswegen einen Täter im Wege der registerlichen Hilfsmaßnahme, sich als nicht vorbestraft zu bezeichnen (obwohl man es eben nicht ist!), so liegt allenfalls bei dieser Methode eine Gesetzesumgehung vor. Denn dort ist tatsächlich materiell verurteilt worden, liegt also materiell eine Vorstrafe vor, nur versucht man, die Folgen zu beseitigen.

Wenn also gesagt worden ist, daß das Wesen des Instituts der Verwarnung mit Strafvorbehalt nicht schlicht darin gefunden werden könne, daß man es gegen strafregisterliche Möglichkeiten abgrenze, so wird dies der Bedeutung einer materiellen, gesetzlichen Regelung einer solchen strafrechtlichen Reaktion ohne Vorbestraftsein nicht gerecht¹⁴.

Zugleich wird klar, daß auch diejenigen Autoren,

14.) vgl. Rösch, NS 3. Band, 30. Sitzung, 130

Gliederung in diese Kategorie weder in der Aufzählung noch in der Abwägung irgendwelche brauchbaren Ergebnisse geliefert hätte. Die Diskussion um Pro und Kontra des Instituts war im wesentlichen, wie sich gezeigt hat, grundsätzlicher Art.

Damit wird nicht übersehen, daß es selbstverständlich auch Auseinandersetzungen darüber gab, ob man für den Fall der Einführung eines Instituts der Verwarnung mit Strafvorbehalt dieses in der Form des Entwurfes oder in der Form des Alternativentwurfes vorsehen sollte¹⁶. Diese "Innendiskussion" soll jedoch nicht weiter vertieft werden. Nachdem die Entscheidung des Gesetzgebers gegen das Modell des § 57 Alternativentwurfes gefallen ist, ist diese Auseinandersetzung für das grundsätzliche Verständnis der §§ 59 ff. mit Ausnahme einer einzigen Einsicht sekundär¹⁷.

Von Bedeutung und deswegen an dieser Stelle noch einmal hervorzuheben ist, daß § 57 AE als Eingangsstufe für die kleinere und mittlere Kriminalität gedacht war. Hingegen ist die Regelung der §§ 59 ff. StGB ausweislich des klaren Gesetzestextes und insoweit übereinstimmend mit den Motiven des Sonderausschusses eine Ausnahme-

16.) vgl. z.B. Jescheck, ZStW 80 (1968), 54 ff. (56, 73)

17.) im übrigen ist diese Diskussion aus der Sicht des AE auch umfassend bei Rezbach, die Verwarnung mit Strafvorbehalt, dargestellt.

regelung, oder wie Sturm es formulierte eine "exzeptionelle Regelung für exzeptionelle Fälle"^{18).}

9. Ergebnis

Damit kann dieser Teil der Untersuchung abgeschlossen werden. Er hat zu dem Ergebnis geführt, daß aus der höchst lebhaften und streitigen Diskussion um Vorteile und Nachteile, um Anwendungsbereich und Strukturprinzipien allein noch ein einziger - insoweit allerdings sehr problematischer - Teilbereich übriggeblieben ist. Denn streitig und fraglich ist nach Abschluß der gesamten Entwicklung nur noch,

ob das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt überhaupt ein materiell-rechtliches Institut ist und nicht in Wirklichkeit nur eine Scheinlösung, die u.U. in prozessualer oder registermäßiger Gestalt adäquater zu lösen gewesen wäre.

Ferner, ob dieses Institut überhaupt mit den überkommenen Grundsätzen des Schuldstrafrechts vereinbar ist. Mit anderen Worten und im Anschluß an die im Bereich des öffentlichen Rechts gestellte Frage, ob es verfassungswidriges Verfassungsrecht gibt: Ist der Versuch, eine in das materielle Strafrechtssystem des StGB ein-

18.) Sturm, Prot. V 43, 812

gepaßte Regelung für die Frage des Vorstrafenmakels zu finden, in Wirklichkeit ein Verstoß bzw. ein Bruch mit den geltenden Regeln des Schuldstrafrechts, also ein schuldstrafrechtswidriges Strafrechtsinstitut?

Alle anderen aufgeworfenen Fragen sind entweder - wie vorstehend aufgeführt - nicht durchgreifend oder haben sich im Laufe der Entwicklung erledigt.

Sie zusammenzustellen, gegeneinander abzuwägen und sei es auch nur in ihrer Nichtrelevanz aufzuzeigen, war dennoch notwendig, um mit der gebotenen Klarheit die einzigen Fragen, die für § 59 StGB heute noch von Bedeutung sind, herauszuarbeiten. Die getroffenen Feststellungen sind für die Praxis der Anwendung der §§ 59 ff. StGB dennoch von Bedeutung.

C ABGRENZUNG und RECHTSNATUR der VERWARNUNG mit STRAF-
VORBEHALT, insbesondere das VERHÄLTNIS zu §§ 153, 153a
StPO

I. Verwarnung und benachbarte Regelungsinstitute

1. Fragestellung

In welchem Verhältnis die Verwarnung mit Strafvorbehalt zu den Einstellungsmöglichkeiten gemäß

§§ 153, 153a StPO steht, kann nur geklärt werden, wenn eine allgemeine Abgrenzung zu Regelungen, die entweder bei ähnlichen Voraussetzungen Anwendung finden, oder deren Ziele teilweise übereinstimmen, erfolgt ist.

Dabei geht es nicht um formale Kriterien. Abgegrenzt werden soll der typische Inhalt der verschiedenartigen Regelungen mit dem Ziel, daß bei einer solchen abgrenzenden Gesamtschau das Wesen des Instituts des § 59 StGB deutlicher wird, damit dieses so verdeutlichte Bild des Instituts dann als Gegenstand der weiteren Untersuchung zugrunde gelegt werden kann.

2. Oberbegriff bedingte Verurteilung?

Eine bedingte Verurteilung im Sinne eines tatsächlich im Strafgesetzbuch existierenden Instituts gibt es bekanntlich nicht. Bei Maurach wird die bedingte Verurteilung allerdings allgemein als richterliche Anordnung verstanden, die im formalen Gewande einer besonderen (nämlich bedingt nicht vollstreckbaren) Freiheitsstrafe, materiell eine von der Mitwirkung des Täters getragene Besserungsmaßregel darstellt. Damit ist die bedingte Verurteilung aber inhaltlich identisch mit der Bewährung.

3. Die Regelung der Strafaussetzung zur Bewährung

Die Rechtsnatur des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung kurz und prägnant zu charakterisieren ist trotz 25-jähriger gesetzlicher Geltung nicht ganz unproblematisch. Immerhin sind eine ganze Reihe von Streitfragen, die in der ersten Zeit höchst kontrovers diskutiert wurden, heute gegenstandslos geworden¹. Ohne gewichtige Gegenstimme darf als gesichert gelten, daß ein zu Freiheitsstrafe Verurteilter, bei dem die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt ist, echte Kriminalstrafe erleidet und die Aussetzung der Vollstreckung im Wege der Bewährung keine Gnadenregelung darstellt². Dabei bedarf im Rahmen dieser Untersuchung die Streitfrage keiner Entscheidung, ob es sich um ein selbständiges strafrechtliches Reaktionsmittel, eine selbständige Strafart handelt oder ob lediglich die normale Strafart (Freiheitsstrafe) verhängt ist und die Bewährungsermöglichung ein Sanktionsmittel eigener Art darstellt³.

Bei dieser Feststellung verwundert es wenig, daß in der Diskussion um die Einführung der Verwarnung

1.) vgl. zum damaligen Meinungsstreit Schuhmacher: "Die Rechtsnatur der Strafaussetzung zur Bewährung", S. 1 ff.

2.) Maiwald, ZStW 83 (1971), 663 ff., LK (Koffka), § 23, Anm. 1 ff., SK (Horn), § 60, Anm. 1 ff.; Potrykus, JR 61, 407

3.) vgl. Jescheck AT (2. Auflg.), S. 625; Zipf JuS 74, 137 ff. einerseits u. LK (Koffka), § 23, Anm. 1 andererseits.

die Frage, ob und inwieweit sich das Institut von einer Bewährungsregelung unterscheide, sehr umstritten war. Im Ergebnis bleibt es bei der bereits von Jescheck getroffenen Feststellung, daß sich beide Institute einzig durch die "Vorbestraft-Nichtvorbestraft-Regelung" unterscheiden⁴. Die von Krille gewünschte Differenzierung der Verwarnung als Sühnemittel für Gelegenheitstäter einerseits und die für den Hangtäter reservierte Strafaussetzung zur Bewährung ist genauso wenig gesetzlich realisiert worden, wie die von Gallas vorgesehene Abstufung im Strafcharakter⁵.

Auch die ursprünglich vom Ministerium in der Großen Strafrechtskommission vorgesehene Unterscheidung ist nicht verwirklicht worden, nach der Verwarnung und Bewährung jeweils einer gesonderten Strafart als Sanktionsmittel eigener Art zugeordnet werden sollten⁶.

4. Absehen von Strafe - § 60 StGB

Die Regelung des § 60 StGB, das Absehen von Strafe,

4.) Jescheck, NS 1. Band, 8. Sitzung, 191; vgl. insoweit ähnlich auch Schafheutle, NS 5. Band, 30. Sitzung, 129

5.) Krille, NS 1. Band, 9. Sitzung, 196; Gallas, NS 1. Band, 9. Sitzung, 198

6.) vgl. oben B V 2c

stellt die konsequente Fortsetzung der gesetzgeberisch mit der Einführung der Bewährung begonnenen Einsicht dar, den Nichtvollzug von Strafe (sei es im Rahmen der Bewährung oder sei es, daß überhaupt keine Strafe mehr verhängt wird) dem Gnadenrecht, dem dies bis 1953 unterlag, zu entziehen. Das Absehen von Strafe hat keinerlei general-präventive Wirkung mehr, und ist dennoch echte, materielle Strafzumessung und keine Gnadenentscheidung⁷.

Das Absehen von Strafe setzt deswegen Schuldfeststellung und Verurteilung voraus. Lediglich der Strafzumessungsentscheidung wird ermöglicht, abweichend vom konkreten Strafraum des verletzten Tatbestandes, die Sanktion auf "Null" festzusetzen⁸.

5. Gnadenakte

Eine Gnadenentscheidung liegt materiell - und insoweit jetzt nicht an die Wortinterpretation anknüpfend - dann vor, wenn eine Sanktion der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung tragen will u n d der Einzelne darauf dennoch keinen Anspruch hätte sowie für den Entscheidenden auch keine Bindung

7.) Weber, MDR 56, 705 ff.; Schaffstein, Festschrift für Gallas 1973, S. 99 ff. (107), Zipf JuS 74, 137 ff. (146)

8.) Maiwald, ZStW 83 (1971), 663

an gesetzlich typisierte, rechtliche Voraussetzungen gegeben sind⁹.

II. Ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt Kriminalstrafe?

1. Verhältnis der §§ 59 ff. StGB zu § 60 StGB

Nachdem feststeht, daß § 60 StGB echte Kriminalstrafe voraussetzt und nur die Strafzumessung auf Null reduziert wird, und in der Gnadenentscheidung im Gegensatz hierzu jegliche rechtliche Bindung für den Entscheidenden ebenso, wie jeder Anspruch des Gnadenunterworfenen verneint wird, fragt sich, ob die Verwarnung mit Strafvorbehalt als Institut selbst mehr dem § 60 zugeordnet und u.U. bereits eigene echte Kriminalstrafe ist, oder ob dies verneint werden kann.

Nachdem der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches unter dem dritten Abschnitt im ersten Titel systematisch im Bereich der "Strafen" zwischen Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Nebenstrafe und Nebenfolgen differenziert, und die Verwarnung mit Strafvorbehalt zwanglos in keinen dieser vorgegebenen Gliederungsabschnitte eingeordnet werden kann, erscheint eine solche Fragestellung auf den ersten Blick wenig sinnvoll.

9.) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts 1976, Ziff. 5.1 u. 5.2; Maiwald, ZStW 83 (1971), 663 ff. (681); Bartelt, Verwarnung, S. 15.

Man muß aber beachten, daß mit einer solchen formalen Unterscheidung das nicht umfaßt ist, was als Wesen der Strafe dieser Differenzierung zugrunde liegt. Geklärt werden muß also, was die §§ 38 ff. StGB als Begriff der Strafe voraussetzen und ob die Verwarnung als Institut insoweit eine Strafe darstellt.

Allerdings muß darauf hingewiesen werden, daß es bei der Untersuchung dieser Frage selbstverständlich nicht darum geht, zu klären, ob bei der für den Fall der "Nichtbewährung" verhängten und dann tatsächlich vollzogenen Strafe eine echte Kriminalstrafe vorliegt. Die dann vollstreckte Geldstrafe ist selbstverständlich nach Voraussetzung und Einzeltypisierung Strafe im Sinne der §§ 40 ff. StGB.

Fraglich ist vielmehr, ob allein in der Unterwerfung unter die "Verwarnung" bereits eine Strafe gesehen werden muß. Ein Anhaltspunkt kann hier im historischen Bereich durchaus die früher ausdrücklich im Reichsjugendgerichtsgesetz vorhandene Strafart der Ermahnung sein¹. Mit der Tatsache, daß eine solche formale Einteilung von den §§ 38 ff. StGB nicht mehr getroffen wird, ist jedoch, wie bereits ausgeführt, im Inhaltlichen noch nichts entschieden.

1.) vgl. § 30 RJGG i.d.F. v. 15.1.1944, sowie die Richtlinien nach § 82 JGG: (Nr. 8) "Ermahnung ist die formlos ausgesprochene Zurechtweisung"

2. Das Wesen der Strafe

Das Wesen der Strafe wird übereinstimmend darin gesehen, daß es sich um eine mißbilligende Reaktion des Staates auf schuldhaft begangenes Unrecht handelt².

Eine Reaktion der Rechtsgemeinschaft auf schuldhaft begangenes Unrecht stellt die Verwarnung mit Strafvorbehalt zweifellos dar. Welzel hat deswegen in seinem Grundlagenreferat die Verwarnung mit Strafvorbehalt (in beiden von ihm vorgetragenen Spielarten) auch als echte Strafen konzipiert³. Auch die Regelung des § 57 AE, die sich als umfassende Eingangsstufe für den Teilbereich kleinerer und mittlerer Kriminalität verstand, wird gemessen am Kriterium "Mißbilligung der Rechtsordnung auf rechtswidrig schuldhaftes Verhalten" qualitativ als Strafe verstanden werden müssen.

Gallas hat diese Nähe der Verwarnung mit Strafvorbehalt zum Wesen der Strafe ebenfalls deutlich artikuliert, wenn er versucht, eine eindeutige Abgrenzung zum Institut der "Ermahnung" des alten Reichsjugendgerichtsgesetzes zu finden oder in der Umkehrung, d.h., bei der Nichtbestrafung trotz rechtswidrig schuldhafter Tat die Frage nach der prozessualen Legitimität eines solchen Verhaltens

2.) LK (Koffka), § 13, Vorbem., Anm. 4, mit umfangreichen Nachweisen; a.A. aber Roxin, ZStW 81 (1969), 636, nicht die Strafe, sondern die Tat trägt den Unwertakzent

3.) Welzel, NS 1. Band, 5. Sitzung, 105; NS 8, 188

stellt⁴. Er stellt deswegen auch fest, daß die Verwarnung im Grunde eine bedingte Verurteilung darstelle. Und für letztere hatte von Liszt schon immer die Ansicht vertreten, daß die Aussetzung selbst eine Strafe darstelle, nämlich sowohl durch die Auferlegung der Bewährungszeit als auch durch den Sühnegedanken⁵.

Güde hat dem entgegengehalten, daß die Verwarnung eben keine Verurteilung, sondern nur eine Verwarnung auf der Grundlage eines Schuldspruches sei⁶. Staff hat dies auf die eingängige Formel gebracht, die Verwarnung allein werde in der Öffentlichkeit nicht als Strafe empfunden; mit Schafheutle betrachtet ist der Sinn der Verwarnung der Schuldspruch ohne Strafe⁷.

Diese Stimmen erscheinen alle wenig überzeugend, da sie ohne empirische Nachweise bleiben. Die Formeln sind nämlich beliebig umkehrbar. Ohne bisher nicht unternommene empirische Untersuchung ist schlechterdings nicht zu beweisen, ob die "Öffentlichkeit" eine Verwarnung nicht als Strafe empfindet. Eine Mißbilligung des Verhaltens ist sie wohl in jedem Falle⁸. Bei dieser Sachlage gerät das Argumentieren gegen den Strafcharakter der Verwarnung

4.) Gallas, NS 1. Band, 8. Sitzung, 188, 189

5.) Gallas, NS 1. Band, 5. Sitzung, 109; v. Liszt, Vergleichende Darstellung, S. 56 ff. (89)

6.) Güde, Prot. IV 24, 430

7.) Staff, 1. Band, 9. Sitzung, 200; Schafheutle, NS 1. Band, 8. Sitzung, 189

8.) vgl. hierzu auch Schafheutle, NS 1. Band, 6. Sitzung, 144

in die Nähe des Verdachtes, nach der Formel "was nicht sein soll, das nicht sein darf" zu verfahren.

Zutreffend wird man jedoch die Frage nur dann beantworten können, wenn man zunächst festhält, daß für die "Mißbilligung der Rechtsordnung" nicht etwa die öffentliche Meinung, oder was auch immer dafür gehalten werden mag, entscheidend ist. Mißbilligung kann nur als Mißbilligung des Gesetzes im Sinne von im Gesetz niedergelegter Strafe verstanden werden. Es ist ganz offensichtlich, daß der Gesetzgeber sich bemüht hat, mit dem Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt eine Regelung zu finden, die er unterhalb der Strafschwelle ansiedeln wollte. Das "Stigma der Vorstrafe" sollte gerade nicht (oder besser noch nicht) auferlegt werden⁹. Ansonsten wäre auch die besondere Betonung, daß keine Verurteilung vorliegt, unverständlich. Bereits zum E 1936 war versucht worden, diese Frage in der Weise zu lösen, indem man das Institut als zwischen den Strafen und dem Verhängen von Maßregeln stehend kennzeichnete. In diese Richtung weist auch die Anknüpfung der Verwarnung an die historischen Vorläufer, wo die Verwarnung unter Übernahme der Friedensbürgschaft als einer freiwilligen Leistung eben gerade nicht

9.) vgl. Dreher, Festschrift für Maurach, S. 294

der repressiv auferlegten Strafe entsprach¹⁰.

Kriminalstrafe ist nur die vom Gesetzgeber ausdrücklich als Strafe gekennzeichnete Mißbilligung. Unterhalb der Verhängung der eigentlichen Strafe kann der Gesetzgeber Reaktionen vorsehen, die durchaus auch als Reaktionen auf die rechtswidrige, schuldhafte Tat erfolgen und auch sicher nicht Billigung der Tat bedeuten, ohne daß es sich materiell um Strafen handelt. Wäre dem nicht so, so gäbe es außer Strafe und Nichtstrafe überhaupt keine andere Differenzierungsmöglichkeit der Rechtsgemeinschaft mehr auf rechtswidrige, schuldhafte Tat. Der Rechtsgemeinschaft, verkörpert im Gesetzgeber, muß es aber qua Normsetzungsbefugnis möglich sein, zu differenzieren. Dieser Punkt macht die vorliegende Unterscheidung auch zu einer sachlichen Unterscheidung und nicht lediglich - wie eingangs kurz angedeutet - zu einem formalen Argumentieren mit geregelten Tatbeständen.

3. Stellungnahmen in der Literatur zur Rechtsnatur der Verwarnung mit Strafvorbehalt

Soweit die Vorschrift des § 59, nachdem sie Gesetz geworden ist, kommentiert wird, geht man einhellig davon aus, daß eine grundsätzliche

10.) Lobe, GS 105, 257 (300, 301); Mayer, Kriminologische Forschungen, S. 147, 8; vgl. oben A III

Wertentscheidung des Gesetzgebers vorliegt, mit dem Institut eine Regelung zu schaffen, die unterhalb der Schwelle der Strafe liegt¹¹. Dabei wird zumeist keine eigene Kategorisierung vorgenommen, sondern das Institut wird als strafrechtliches Reaktionsmittel eigener Art gekennzeichnet. Teilweise wird ihm maßnahmeähnlicher Charakter zugebilligt¹². Teilweise wird das Institut auch als zwischen der Geldstrafe und Maßnahme nach § 153 StPO liegend qualifiziert¹³. Immer steht aber die Funktion, Strafe gerade zu verhüten, im Vordergrund; das Bemühen die sich widersprechenden Elemente des Instituts (präventive und pönale Elemente) zu vereinbaren, wird deutlich.

4. Problematik der Auflagen

a) Strafcharakter der Auflage?

Abweichend wird die Rechtsnatur der Verwarnung u.U. jedoch dann beurteilt, wenn sie mit Auflagen kombiniert ist. Denn faktisch stellen sich

11.) Lackner, StGB vor § 59, Anm. 1 ff.; Dreher, § 59 Anm. 1 ff.; Maurach AT, § 65 II, S. 865; SK (Horn), § 59, RN 1 ff.; Schönke-Schröder, § 59, RN 1 ff. (insbes. 3)

12.) Jescheck AT (3. Auflg.), S. 686 ff.; Dreher vor § 59, Anm. 3; SK (Horn), § 59, RN 2; Maurach AT, § 65 II A, S. 865

13.) Boxdorfer, NJW 76, 319; Bartelt, Verwarnung, S. 19 (72), versteht die Verwarnung als zwischen Strafe und Maßregel eingeordnet.

diese Auflagen, soweit es sich um Bußzahlungen handelt, als Entreicherungen des Verurteilten dar, für die eine Unterscheidung zur Entreichung bei der Geldstrafe zu finden, nicht einfach ist. Baldus z.B. hat schon in der Großen Strafrechtskommission in den Auflagen Strafen im Sinne der Sühne gesehen. Und auch die Formulierung, daß die Auflagen der Genugtuung für das begangene Unrecht dienen, zielen in die gleiche Richtung¹⁵.

Die Auflagen, die im Zusammenhang mit dem Verfahren gemäß § 153a StPO verhängt werden, werden auch als "strafähnliche Sanktionen" verstanden.

b) 'Regelung im JGG

In diesem Zusammenhang ist noch von Interesse, einen Blick auf die verwandten Regelungen des Jugendgerichtsgesetzes zu werfen. Nach der Regelung des § 27 JGG können Auflagen erlassen werden, nachdem das Verfahren über die Verhängung der Jugendstrafe für eine Bewährungszeit ausgesetzt worden ist. Ohne auf die zu diesem Institut geführte Diskussion näher eingehen zu wollen, sei doch darauf verwiesen, daß hier nicht nur in der Schuldfeststellung des § 27 JGG u.U. bereits eine "Straf"-sanktion gesehen wird, sondern auch in den

15.) Baldus, NS 1. Band, 9. Sitzung, 195; LK (Koffka), § 23, RN 1; Bartelt, Verwarnung, S. 48.

entsprechenden Auflagen. Dies gilt im übrigen
- mit Einschränkung - sogar schon von der nach
§ 14 JGG möglichen Verwarnung¹⁶.

c) Strafe muß repressiv sein

Auch Dencker hat den Sanktionscharakter der Auflagen und Weisungen unterstrichen¹⁷. Dennoch kann diesen Ansichten nicht gefolgt werden, weil eine Auflage eine Reaktion der Rechtsgemeinschaft nur dann zur Strafe macht, wenn die Auflage als solche notfalls repressiv durchgesetzt wird. Nur dann ist die Auflage selbst unmittelbare Strafe. Es liegt nämlich gerade im Wesen der hier erwähnten Auflagen, daß sie solche repressiven Folgen nur mittelbar haben. Kommt der Täter der Auflage gemäß § 153a StPO oder gemäß §§ 23 JGG ff., oder auch den Auflagen bei Aussetzung der Strafe zur Bewährung bzw. bei Schuldspruch und der Verwarnung mit Strafvorbehalt nicht nach, so werden nicht die Auflagen primär durchgesetzt, sondern das eingehaltene bzw. ausgesetzte bzw. nicht entsprechend fortgesetzte Verfahren wird durchgeführt. Der Verwarnte wird dann also verurteilt und muß die Geldstrafe leisten, der unter Bewährung stehende hat seine Freiheitsstrafe abzusitzen, ein Ermittlungsverfahren bei § 153a StPO wird doch fortgesetzt, im Regelfall wird also Anklage erhoben, usw..

16.) zum Meinungsstand vgl. Dallinger-Lackner, JGG, § 14, Anm. 1; § 27, Anm. 15; Grethlein, JR 62, 161 ff. (zu § 27 JGG); Potrykus, JR 61, 407 ff. (zu § 27 JGG); Brunner, JGG, § 27, Anm. 1b; Schaffstein, JGG, S. 82; Bartelt, Verwarnung, S.

17.) Dencker, JZ 73, 144 ff.

Die Betrachtung der Auflage als Strafe berücksichtigt nicht ausreichend, daß Strafe eben nur die materielle Mißbilligung im Gesetz in Verbindung mit der unmittelbar dabei im Gesetz formulierten, ggf. repressiv durchzuführenden Maßnahme ist. Keine Strafe hingegen ist eine unterhalb der Grenze angesiedelte Reaktion, die mit flankierenden Maßnahmen versehen wird, deren Erfüllung im Belieben des Täters stehen und bei deren Nichterfüllung im wesentlichen andersartige Sanktionen Platz greifen.

5. Zusammenfassung:

Damit ist selbstverständlich die Frage nach der Rechtsnatur des Instituts als solches immer noch nicht beantwortet, sondern allenfalls negativ festgestellt, daß es sich nicht um eine Kriminalstrafe handelt. Ob es sich mit den oben angeführten Stimmen um ein Institut sui generis handelt, oder ob man es eher als ein Rechtsinstitut mit Doppelnatur (einerseits Prozeßhindernis und andererseits materiell-rechtlich, strafaufhebender Natur) verstehen soll, mag hier zunächst offenbleiben¹⁸.

Entscheidend an dieser Stelle ist nämlich nur die Feststellung: § 59 StGB ist eine strafrechtliche Reaktion, aber keine Strafe.

18.) vgl. zum genannten Fragenkreis: Baumann AT, 7. Auflg., § 30 III; Jescheck AT, 3. Auflg., § 80 II, S. 686; eingehend Bartelt, Verwarnung, S. 19 ff. (72).

III. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt als Durchbrechung des Legalitätsprinzips

1. Die Frage nach der prozessualen Legitimität

Aus der am Ende des letzten Abschnitts gewonnenen Feststellung folgt in der Umkehrung natürlich sofort die Frage, inwieweit ist es denn überhaupt möglich, daß auf rechtswidrig schuldhaftes Handeln nicht die im Gesetz vorgesehene Reaktion erfolgt; mit anderen Worten, entspricht dem materiell-rechtlichen Gebot des "nulla poena sine lege" nicht die Pflicht des mit der alleinigen Strafverfolgung betrauten Staates für den Fall des Vorliegens einer rechtswidrigen, schuldhaften Handlung die im Gesetz vorgesehene Sanktion auch zu verhängen. Gallas hatte dies die Frage nach der prozessualen Legitimität genannt¹.

Wenn ein Institut einerseits keine Strafe ist und andererseits tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und schuldhaftes Handeln voraussetzt, liegt es nahe zu fragen, ob das Institut nicht in Wirklichkeit den Charakter einer die Verfolgung der strafbaren Handlung einschränkende Maßnahme hat. Die Tatsache, daß sich die Vorschrift des § 59 im Strafgesetzbuch, also im Bereich des materiellen Rechts befindet, ist hierbei nur von zweitrangiger Bedeutung.

1.) Gallas, NS 1. Band, 8. Sitzung, 188

Seit langem ist anerkannt, daß für die Frage, handelt es sich um eine prozessuale oder eine materielle Norm, es zwar ein erstes Indiz sein mag, ob sie sich im StGB oder in der StPO befindet, daß mit der Stellung im Gesetzbuch die Lösung aber nicht endgültig gefunden ist. Als Beispiel sei lediglich auf die Vorschriften des Strafantrages im 4. Abschnitt (§ 77 ff. StGB) verwiesen, die nach heutigem Recht prozessualen Charakter haben, trotz ihrer Stellung im Strafgesetzbuch².

2. Ist das Legalitätsprinzip generell noch gewahrt?

Stellt man also die Frage, ob das Institut in Wirklichkeit eine materielle oder eine prozessuale Regelung ist, so muß man zugleich die Frage aufwerfen, wo das Institut systematisch dann jeweils einzuordnen wäre.

Für die Frage des materiellen Rechts waren dazu bereits kurz Ausführungen gemacht worden, der wohl überwiegende Teil der Autoren begreift das Institut materiell-rechtlich als Institut sui generis.

2.) Nachweise in den Kommentaren Lackner, StGB, § 77, 1b; Schönke-Schröder, StGB, § 77, RN 8; Dreher, StGB, vor § 77, RN 2

a) Einschränkung des Legalitätsprinzips

Verfolgt man den Gedanken, daß nach der Wirkung auch ein prozessuales Institut vorliegen könnte so ergibt die Einordnung in die prozessuale Systematik, daß die Verwarnung mit Strafvorbehalt in den Bereich des Legalitätsprinzips einzuordnen ist. Wenn die Staatsanwaltschaft gemäß § 152 II StPO (und die ihr unterstellten Organe gemäß § 163 StPO) grundsätzlich verpflichtet sind, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten und sie in Verbindung mit § 151 StPO zur Anklage zu bringen, so ist ein Institut, das (zumindest im Ergebnis) dazu führt, daß die Tat nicht bestraft wird, als Durchbrechung dieses Grundsatzes zu verstehen. Zwar ließe sich noch sagen, daß das Legalitätsprinzip gewahrt ist, da die Anklage ja in jedem Fall erfolgt.

Legalitätsprinzip bedeutet aber insoweit sicher nicht nur formale Anklageerhebung, sondern zugleich Überprüfung und Durchführung des prozeßordnungsgemäßen Verfahrens. Die Untersuchung der Verwarnung mit Strafvorbehalt als einer Durchbrechung des Legalitätsprinzips erfordert eine Prüfung und Auseinandersetzung mit den gesetzlich vorgegebenen, allgemein zulässigen Durchbrechungen des Legalitätsprinzips.

Hier sind insbesondere die Vorschriften der §§ 153, 153a StPO zu berücksichtigen, die die

Pflicht zur Anklageerhebung durchbrechen.
Dabei ist nicht zu übersehen, daß gerade
§ 153 StPO wiederum ein Verschuldensmoment,
also ein materielles Element enthält.

b) Einstellung gemäß § 153a StPO

Bei Einstellung des Verfahrens gemäß § 153a StPO geschieht dies z.B. gegen Auferlegung einer Buße, die gleichermaßen nicht als Strafe zu qualifizieren ist³. Daß § 59 StGB, angesiedelt im Bereich des materiellen Strafrechts, in eine direkte Verbindungslinie mit der prozessualen Vorschrift des § 153a StPO gebracht werden kann, ergibt sich aus dem Vergleich zwischen den Instituten des § 60 StGB einerseits und des § 153b StPO andererseits. § 60 StGB als materielles Institut der Strafzumessung hat eine eindeutige Entsprechung im prozessualen Bereich mit der Vorschrift des § 153b StPO. Die Staatsanwaltschaft ist in diesen Fällen nicht gezwungen anzuklagen, sie kann das Verfahren unter den in der Vorschrift näher vorgesehenen Voraussetzungen einstellen. Daß eine ähnliche Verbindungslinie zwischen dem § 59 StGB und dem § 153a StPO gezogen werden kann, zeigt die kontroverse Diskussion bei der Einführung der Vorschrift

3.) vgl. oben C II 4

des § 153a StPO. Hanack hat diese prozessuale Norm als eine "Art prozessuale Handhabung des neuen Instituts der Verwarnung mit Strafvorbehalt" genannt⁴.

3. Verhältnis von § 59 StGB zu den prozessualen Instituten

Die Notwendigkeit, das Verhältnis des Instituts im Hinblick auf die Hauptanwendungsfälle der Durchbrechung des Legalitätsprinzips (§§ 153, 153a StPO) zu untersuchen, ergibt sich aber auch noch aus einer weiteren Erwägung. Geht man auf die eingangs ausgeführten Überlegungen zurück, nach denen abgegrenzt worden war, zu welchen Zeitpunkten und Stadien überhaupt in der Verfolgung strafbarer Handlungen eingehalten werden kann, so ergibt sich folgendes⁵: Die Einwendungsmöglichkeiten der §§ 153, 153a StPO sind als Minus im Verfahren gemäß § 59 StGB enthalten. Während bei einer Verwarnung mit Strafvorbehalt mit der Verfolgung der Tat spätestens im Urteilsstadium innegehalten werden muß, muß im Verfahren gemäß §§ 153, 153a StPO bereits im Ermittlungsverfahren innegehalten werden. Das Wesentliche beider Modelle ist darin zu finden, daß das grundsätzlich strafbare Verhalten nicht verfolgt wird. Bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt geschieht das Einhalten zu einem späteren Zeitpunkt, was für

4.) Hanack, Festschrift für Gallas, S. 352

5.) vgl. Teil A II 3a

die Frage der Durchbrechung des Legalitätsprinzips aber qualitativ wenig ändert. Ein formales Abstellen darauf, daß das Legalitätsprinzip deswegen nicht berührt sei, weil bei der Verwarnung in jedem Fall angeklagt werde, ist nicht überzeugend. Unter dem rechtsstaatlichen Prinzip der Herrschaft des Gesetzes ergibt sich eine strikte Aufklärungs- und Verfolgungspflicht verbunden mit der Anklagepflicht für die Anklagebehörde, was nahtlos übergeht in die Verurteilungspflicht bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung⁶.

Die Verschiebung des Einhaltens aus der Sphäre der Staatsanwaltschaft in die Sphäre des Gerichtes kann dem Inhalt nach an dieser gesetzlichen Verfolgungspflicht nichts ändern. Zugleich wird sogar deutlich, daß wesentliches Element des Instituts eben die Durchbrechung des Grundsatzes von der Herrschaft des Gesetzes ist, in der speziellen Ausprägung des so verstandenen materiellen Legalitätsprinzips im weiteren Sinne⁷. Daraus folgt weitergehend, daß für die Untersuchung der Vereinbarkeit der §§ 59 ff. StGB mit den herkömmlichen Prinzipien des Strafrechts auch die Frage der Zulässigkeit der Durchbrechung des Legalitätsprinzips durch das Institut beantwortet werden

6.) vgl. insbes. Faller, Festgabe für Maunz, S. 78

7.) d.h., dem Prinzip ist mit einer Verfolgung und Auflageerteilung allein noch nicht Genüge getan, wenn von Gesetzes wegen der Inhalt durch prozessuale oder materielle Regelungen wieder aufgehoben werden könnte, ohne daß nicht eindeutig bestimmt ist, weswegen, wann, warum das Legalitätsprinzip durchbrochen werden kann.

muß, und zwar als Vorfrage der Bestimmung, ob das Institut in Wahrheit prozessualen oder materiellen Charakter hat.

4. Entwicklung des Begriffs des Legalitätsprinzips

a) Ursprünglicher Bedeutungsumfang

Die Frage nach dem Verhältnis des Instituts zum Legalitätsprinzip setzt Klarheit über Umfang und Geltung des Prinzips allgemein voraus. Dabei muß man nicht einmal mit Baumann bereits den "Grabgesang" angestimmt haben, um die Schwierigkeit einer solchen Fragestellung zu erfahren⁸. Das Legalitätsprinzip, bei und nach seiner Einführung höchst umstritten, war Gegenstand der Verhandlungen mehrerer Juristentage⁹.

Die Rechtsprechung hingegen - insbesondere der jüngeren Zeit - hatte keine Gelegenheit hierzu Stellung zu nehmen¹⁰. Erst ein Blick auf die Entwicklung des Legalitätsprinzips seit seiner Einführung zeigt, daß sich hier

8.) vgl. Baumann, ZRP 72, 273

9.) vgl. Verhandlungen des 2. dt. Juristentages, 1861, Band II, S. 669, Verhandlungen des 12. dt. Juristentages, 1874, Band I

10.) mit Ausnahme der hier nicht einschlägigen Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung; BGHSt 15, 155

tiefgreifende Verschiebungen ergeben haben. Diese aufzuzeigen ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung; für die hier behandelte Problematik reicht es aus, darauf hinzuweisen, daß § 152 II StPO mit dem gleichen Wortlaut wie heute, zum Zeitpunkt der Einführung im Jahre 1877 weitaus strikter war. Neben § 414 RStPO und § 116 RStPO gab es keine Einschränkung des Legalitätsprinzips. Wenn heute von einem "gemischten System" gesprochen wird und dabei eine Mischung von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip gemeint ist, so ergibt sich dies bereits allein aus der in der Strafprozeßordnung ersichtlichen, erheblichen Durchbrechung des Prinzips in zehn Bestimmungen¹¹.

Dies läßt eine Entwicklung erkennen bei der die überwiegend dafür gegebene Erklärung wenig befriedigt. Von engagierten Reformern im Bereich der Bagatellkriminalität wird salopp davon gesprochen, daß "das Legalitätsprinzip in diesem Bereich unwiderruflich dahin" sei, oder man kennzeichnet den Verfolgungszwang als "unrealistisch", ja man bezeichnet das Festhalten an ihn als Aberglauben, der die Gleichheit vor dem Gesetz nicht gewährleiste¹².

Solchen Stellungnahmen ist eigentümlich, daß sie stark empirisch orientiert sind und bezogen auf

11.) vgl. Faller, Festgabe für Maunz, S. 75

12.) Arzt, JZ 76, 54; Zipf, Festschrift Peters, S. 492; Serwe, Abschied vom Legalitätsprinzip, Kriminalistik 70, 377

das Legalitätsprinzip, die Überzeugung der Autoren vom empirischen Sein zugleich das gesetzgeberische Sollen bestimmt.

b) Ist das Prinzip trotz Durchbrechung noch gewahrt?

Für die vorliegende Untersuchung bleibt zu klären, ob die Durchbrechungen des Prinzips nicht zu rechtfertigen sind, und deswegen entweder das Prinzip keine Geltung mehr beanspruchen kann, oder ob das Prinzip samt Durchbrechungen zu halten ist.

Die weitere Frage, die sich dabei dann stellt, ist, ob das Institut der Verwarnung, in der vom Gesetzgeber getroffenen Ausprägung, nicht nur (wieder einmal!) das Problem in das Prozeßrecht verschiebt oder mit anderen Worten, ob im materiellen Recht gelöste Fragen, auch durch prozessuale Durchbrechungen gelöst und u.U. ersetzt werden könnten¹³.

5. Legalitätsprinzip und Gerechtigkeitsverwirklichung

Die Antwort auf diese Fragen kann aber nicht quantitativ gefunden werden. Das Legalitätsprinzip hat die Funktion, das notwendige Gegenstück des Akkusationsprinzips zu sein. Die im Grundsatz allein zur Anklage befugte Staatsanwaltschaft muß - quasi als Kehrseite -

13.) Baumann, ZRP 72, 273

jeden Verstoß anklagen, was eine konkrete Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes, oder noch konkreter der Verhinderung von Willkür unter Verwirklichung von Gerechtigkeit dient.

a) Differenzierung der Gerechtigkeitsbegriffe

Die notwendige Durchführung der Strafverfolgung und Verhängung der Strafe in gleichmäßiger Art und Weise - ohne Ansehen der Person - ist eines der wesentlichsten Elemente der Gerechtigkeit. Damit ist aber noch nicht entschieden, ob insoweit ein Akt der distributiven (austeilenden) oder der kommutativen (also ausgleichenden) Gerechtigkeit vorliegt.

Hält man sich dann noch vor Augen, daß z.Zt. der Einführung des Legalitätsprinzips von der damals zumindest in der Rechtsprechung weit überwiegend vertretenen klassischen Schule der Vergeltungsgedanke als Zweck der Strafe verstanden wurde, so ergibt sich, daß Strafe, also die Realisierung dieses Gerechtigkeitselementes, kommutativ verstanden worden war. Kant als Vertreter der klassischen Theorie des Vergeltungsgedankens hat in seinem Beispiel in dem er die Hinrichtung des letzten zu Tode verurteilten Verbrechers bei Auflösung der Gesellschaft forderte, ein Musterbeispiel für dieses Verständnis

ausgleichender Funktion der Strafe gegeben¹⁴.

b) Strafe als distributive Gerechtigkeit

In Wirklichkeit handelt es sich jedoch bei der Durchführung, Festsetzung und Verhängung der Strafe um einen Akt der distributiven Gerechtigkeit¹⁵. Die Gemeinschaft, die dem Einzelnen die Befugnis zur Strafe (oder auch Rache) genommen hat, den gesamten Bereich institutionalisiert und ritualisiert hat, ordnet als Strafgewalt (sprich Staat) nach den Regeln, die die Gemeinschaft als Ganzes beschlossen hat, diese sozialen Konflikte. Die Gemeinschaft (Staat) vergibt "nach bestimmten Maßstäben der Gerechtigkeit, nämlich je nach Würdigung an dessen Mitglieder Rechte, teilt ihnen aber auch Lasten" zu. Die "Unverbrüchlichkeit des Rechts" erweist sich in der durch die Gemeinschaft dem Einzelnen wegen seiner "Unwürdigkeit" auferlegten Strafe¹⁶.

Der deutsche Rechtskreis kennt deswegen heute auch keinen dem früheren Parteiprozeß nachgebildeten Strafprozeß mehr, wie der anglo-amerikanische Rechtskreis.

14.) vgl. hierzu insbesondere Hippel, Dt. StR, I, S. 461 ff.; Henkel, Recht und Staat, Heft 381, 2, S. 22 ff.; Kant, Metaphysik der Sitten, Studienausgabe der Wissensch. Buchgesellschaft Darmstadt IV 1956, S. 455

15.) so Jescheck AT, (2. Auflg.), S. 45, 46

16.) vgl. Henkel, Recht und Staat 381, S. 26; Zipf, Festschrift für Peters, S. 496 FN 24

Sind Verfolgung, Verhängung und Durchführung der Sanktion aber ein Akt der distributiven Gerechtigkeit, dann ist eine Negation "Strafe" der Negation "Verletzung des Gesetzes" nicht notwendig, um das Gesetz wieder herzustellen. Es besteht keine absolute Pflicht im Sinne einer unbedingten Notwendigkeit zur Sanktion. Das Legalitätsprinzip muß also in Entsprechung der Veränderung dessen, was heute der allgemeinen Meinung des Strafzweckes zumindest nicht mehr entspricht, normativ anders verstanden werden. Denn daß die absoluten Straftheorien mit ihrer unbedingt daraus folgenden absoluten Geltung des Legalitätsprinzips heute praktisch nicht mehr vertreten werden, dürfte unbestritten sein¹⁷.

6. § 59 StGB und Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip

Versucht man jetzt, in Kenntnis des gewandelten Vorverständnisses für das Prinzip, eine Beschreibung dessen, was es leisten muß, so wird man sagen können, daß es als Ausprägung des Gleichheitssatzes und als Element der Gerechtigkeit nach wie vor Geltung besitzt, ohne daß die Schaffung von gesetzlichen Durchbrechungen das Wesen des Grundsatzes ernsthaft tangieren. Voraussetzung ist dabei natürlich, daß die Durchbrechungen ihrerseits

17.) vgl. auch Zipf, Festschrift für Peters, S. 495, 6

wieder dem Gleichheitssatz und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen¹⁸. Das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt ist kein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip, soweit dieses nicht in Entsprechung zum Vergeltungsgedanken gesehen wird. Eine materielle Durchbrechung ist mit einem distributiven Verständnis von Gerechtigkeit durchaus vereinbar. In der Tatsache einer solchen materiellen Regelung, die begrifflich zugleich eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips umfaßt, ist allein auch noch keine Verschiebung materieller Probleme in das Prozeßrecht zu sehen.

7. Ist die "Verwarnung" ein prozessuales Institut?

Mit der Feststellung, daß eine Regelung wie § 59 StGB auch mit der in ihr enthaltenen Tendenz, das Legalitätsprinzip im weitesten Sinne zu durchbrechen, zulässig ist, ja dem normativen Verständnis des Grundsatzes aus heutiger Sicht entspricht, ist noch nicht die Frage beantwortet, ob es sich beim Institut um ein prozessuales oder ein materielles handelt. Insoweit muß auf das Verhältnis der Vorschrift des § 59 StGB zu den §§ 153, 153a StPO eingegangen werden. Bei äußerlich ähnlichem Erscheinungsbild ergeben sich durchaus Unterschiede.

18.) vgl. auch Faller, Festgabe für Maunz, S. 86; Eckl ZRP 73, 139 ff.

In beiden Fällen wird jedoch trotz tatbestandsmäßiger, rechtswidriger und schuldhafter Handlung eine Strafe nicht verhängt, der Täter hingegen dazu angehalten, eine Auflage zu erfüllen. Während bei § 153a StPO damit das Verfahren endgültig eingestellt wird, muß bei der Verwarnung noch eine positive Bewährungszeit erfüllt sein.

Das Verhältnis zwischen den §§ 59 ff. StGB und §§ 153, 153a StPO näher zu bestimmen, ist nicht einfach. Man hat die prozessuale Regelung des § 153a StPO in ein ähnliches Verhältnis wie §§ 60 StGB, 153b StPO stellen wollen¹⁹.

Auch der Gesetzgeber ist ersichtlich davon ausgegangen, daß die beiden Institute in einem - näher nicht geklärten - Zusammenhang stehen. Sonst wäre die in der Bundestagsdrucksache enthaltene und zur Begründung der Einführung der Norm gegebene Erläuterung unverständlich, nach der bei schuldlosem Nichterfüllen der Auflagen in § 153a StPO das Verfahren nicht fortgesetzt werden soll, weil "sonst das Verfahren mit dem Ziel einer Verwarnung mit Strafvorbehalt durchgeführt werden müßte", was im Ergebnis das gleiche ergäbe²⁰. Auch der Gesetzgeber hat also ganz offensichtlich mit dem - hier einmal etwas grob gefaßten - Raster gearbeitet: Einstellung wegen Geringfügigkeit bzw. gegen Auflagen als prozessuale Maßnahme, Verwarnung

19.) vgl. oben S. 101, Anm. 4

20.) BT Drucksache, 7, 550, 7. Wahlperiode

mit Strafvorbehalt als materielles Institut. Im vorliegenden Zusammenhang geht es nun nicht in erster Linie um die Problematik der §§ 153, 153a StPO. Für die Verwarnung mit Strafvorbehalt soll und muß aber die Interdependenz geklärt werden, d.h., ob es sich bei ihr um eine ausschließlich materiell-rechtliche und/oder auch prozessuale Regelung handelt. Die Beantwortung dieser Frage ist nämlich mit vorentscheidend für die gesamte Problematik des Instituts im Zusammenhang mit dem Schuldgrundsatz.

Demnach ist nunmehr die Frage nach dem Verhältnis der Einstellungsvorschriften zur Verwarnung zu klären. Dabei muß auf die Gesamtproblematik bei der Einführung der §§ 153, 153a StPO insoweit eingegangen werden, als dies zur Bestimmung des Gehalts der Vorschrift notwendig ist.

IV. Verhältnis zu §§ 153, 153a StPO

1. § 153a StPO und die Problematik der Bagatelldelikte

Während es die Einstellung gemäß § 153 StPO seit der Emminger-Reform bereits gibt, ist die Vorschrift des § 153a StPO zum einen völlig neu und zum anderen relativ überraschend gekommen. Der Gesetzgeber handelte sich den Vorwurf ein, im Bereich der materiell-rechtlichen Reformgesetzgebung Änderungen vorgenommen zu haben, ohne im Bereich des materiellen Rechts zugleich die Konsequenzen zu ziehen. Dies zielte ersichtlich darauf, daß auf der einen Seite die Übertretungen abgeschafft worden waren, ohne daß im materiellen Recht ein allgemeiner Tatbestand geschaffen wurde, mit dem die drängenden Probleme der Bagatellkriminalität bzw. der Kriminalität mit geringem Verschulden geregelt werden konnten. Baumann kennzeichnete das bekanntlich mit dem Vorwurf, die materiell-rechtliche Problematik solle wieder einmal in das Prozeßrecht verschoben werden, und an anderer Stelle wurde fast ungläubig gefragt, ob die Strafrechtsreform nun in das Einführungsgesetz verlagert würde, weil dort Vorschriften über die Änderungen bei den §§ 153, 153a StPO enthalten waren¹.

1.) Baumann, ZRP 72, 273; Dencker, JZ 73, 144

Dabei muß zunächst festgehalten werden, daß auch die Vorschrift des § 153 StPO in der jetzt geltenden Fassung des Absatzes 1 Satz 2 eine erhebliche Veränderung insofern erfuhr, als die Staatsanwaltschaft hier in einem ganz erheblichen Teilbereich ohne Zustimmung des Gerichts das Verfahren einstellen kann.

Die mit diesen Vorschriften im Zusammenhang gegebene Möglichkeit, im Bereich der Bagatelldelinquenz sowie der Kriminalität mit geringem Verschulden in erheblichem Umfang Verfahren außerhalb des Gerichtsverfahrens zu erledigen, stieß auf energischen Widerstand. Es wurde eine erhebliche Gefährdung des Sozial- und Rechtsstaatsprinzips befürchtet, wie z.B. der Wegfall der mündlichen und öffentlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Die Regelung insgesamt wurde als der wohl tiefgreifendste Eingriff in die Systematik der Strafprozeßordnung seit ihrem Erlass überhaupt gebrandmarkt². Der neuen Verfahrensmöglichkeit wurde sogar unterstellt, sie führe dazu, daß das Verfahren weitgehend unberechenbar werde und die schützenden Formen, die Rechtssicherheit gewährleisteten, würden hin zu Willkür und Ungleichbehandlung verändert³. Die Gefahr der Vorratsverfahren wurde im Feilschen zwischen den Verfahrensbeteiligten gesehen; ferner wurde auf die im anglo-amerikanischen Rechtskreis jüngst aufgekommene, sehr

2.) Hanack, Festschrift für Gallas, S. 359 ff.

3.) Schmidhäuser, JZ 73, 529 ff. (531)

kritische Diskussion zum Problemkreis des "plea bargaining" verwiesen⁴.

Dagegen gehalten wurden Argumente aus zwei verschiedenen Richtungen:

Tröndle hat insbesondere darauf verwiesen, daß die Strafbarkeit der leichten Fahrlässigkeit auf gar keinen Fall materiell-rechtlich in irgendeiner Weise eingeschränkt werden dürfe, sondern die hier notwendigen Korrekturen (deren Notwendigkeit vom Autor wohl auch nicht bestritten werden) sollen im Bereich des Prozeßrechts erfolgen⁵.

Ein wesentlicher, weiterer Gesichtspunkt, der für die Einführung der Vorschrift geltend gemacht worden ist, kam aus dem Bereich der Diskussion um die "Bagatellkriminalität".

Die Ansichten, wie dieses brennende Problem angegangen werden soll, sind geteilt. Einigkeit besteht insoweit, daß das Problem der Bagatellkriminalität einer Lösung bedarf, weil mit den herkömmlichen Methoden zum einen ein erhebliches Dunkelfeld verbleibt und zum anderen sich private Sanktionsmacht ausbreitet.

Höchst kontrovers sind jedoch die Lösungsmodelle. Die eine Seite ist der Ansicht, daß man

4.) Weber, GA 75, 293; Arzt, JZ 76, 55

5.) Tröndle, DRiZ 76, 129 ff.

entweder das gesamte Bagatellunrecht aus dem Bereich des Kriminalstrafrechts herauslösen und in das Recht der Ordnungswidrigkeiten überführen solle⁶. Eine andere Variante bei gleichem Ausgangspunkt ist der Ansatz des Alternativentwurfes eines Gesetzes zur Bekämpfung des Ladendiebstahls mit zivilrechtlichen Mitteln. Auch hier ist erklärtes Ziel die Entkriminalisierung einer ganzen Gruppe von Unrechtstaten, die nach überkommenem Verständnis eindeutig kriminelle Delikte sind⁷.

Auf der anderen Seite hatten insbesondere Dreher, aber auch schon Gallas in der Großen Strafrechtskommission, nachdrücklich betont, daß die Wegnahme von 10 Pfennigen im Kern immer Diebstahl und damit im Kern immer kriminelles Unrecht seien⁸. In der Empfehlung des 51. Deutschen Juristentages spiegelt sich relativ deutlich wieder, daß die letztgenannte Gruppe zumindest bei Abstimmungen in der Überzahl war.

Diese Tatsache durfte auch dafür verantwortlich gemacht werden, daß es zur Einführung der Vorschriften der §§ 153, 153a StPO kam. Denn diese Vorschriften lösen die von beiden Gruppen

6.) besonders hervorgetreten als Vertreter dieser Gruppe Baumann, JZ 72, 3; ZRP 72, 274 ff. und als Antwort auf die Diskussion der Frage auf dem 51. Juristentag ZRP 76, 268

7.) vgl. Arzt, JZ 76, 54 und Gutachten des 51. Juristentages

8.) Dreher, Festschrift für Welzel, Die Behandlung der Bagatellkriminalität, S. 917 ff. (932); Gallas, NS 1. Band, 4. Sitzung, 87

erkannte Problematik mit der Bagatellkriminalität nicht an der Wurzel (radikal im materiellen Bereich), sondern durch Verschiebung in das Prozeßrecht⁹. Und weil selbst ein erweiterter § 153 StPO - um es mit der Begründung in der Bundesratsdrucksache zu sagen - zahlreiche Fälle im Bereich der kleinen Kriminalität nicht erledigen konnte, "weil es nicht verantwortet werden kann, den Täter ohne jede Sanktion von einer Bestrafung freizustellen", wurde § 153a StPO geschaffen.

2. Die Entwicklung in Österreich

In diesem Zusammenhang muß ein kurzer Blick auf die österreichische Rechtsentwicklung geworfen werden. Dort hat der Gesetzgeber nämlich in § 42 des österreichischen Strafgesetzbuches den materiellen Tatbestand der mangelnden Strafwürdigkeit der Tat eingeführt, der im übrigen - und dies zeigt noch einmal die Nähe zu § 59 StGB - vor § 43 Österreichisches StGB, der bedingten Strafnachsicht (der österr. Variante der Strafaussetzung zur Bewährung), eingeordnet ist.

Jescheck hatte bereits frühzeitig im Diskussionsstadium dieser Vorschrift, und im Diskussionsstadium zum Entstehen der §§ 153, 153a StPO auf diese

9.) vgl. hierzu auch beispielsweise Eckl, JR 75,
99

in Österreich eindeutig materielle Regelung hingewiesen¹⁰. Er hatte bereits damals auf die heimliche Funktionsverschiebung unter dem Deckmantel der Einschränkung des Legalitätsprinzips aufmerksam gemacht. In der Literatur zu dieser Vorschrift wird insbesondere der Vorzug dieser Regelung darin gesehen, daß sie unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten einer Regelung wie §§ 153, 153a StPO vorzuziehen sei¹¹.

3. Prozessuale Erledigung der Kleinkriminalität

Das Ergebnis überrascht: Während einerseits davon ausgegangen wird, daß die Vorschrift des § 153a als prozessuales Institut des § 59 StGB verstanden wird, erweist sich auf der anderen Seite bei näherer Betrachtung, daß es sich bei den Gründen, die zur Einführung des § 153a StPO geführt haben, um Fragen handelt, die im Problemkreis angesiedelt sind, ob Bagatellfälle materiell oder prozessual von der echten Bestrafung ausgeschlossen werden sollen.

Setzt man für das Wort "Bagatellfälle" jedoch den Begriff "Eingangsstufe der Kriminalität" oder kurz der "Kleinkriminalität", was zumindest in großen Teilbereichen deckungsgleich verwendet werden kann, dann ergibt sich eine Beziehung zwischen § 153a StPO und dem AE. Denn in § 57 AE war die Verwarnung mit Strafvorbehalt bekanntlich konzipiert

10.) Jescheck, Festschrift für Gallas, S. 45 ff.

11.) Pallin, ZStW 84 (1972), 206

als Eingangsstufe für den gesamten Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität¹².

§ 57 AE war folglich genau diese materielle Eingangsstufe zur Erledigung der Bagatell- und Kleinkriminalität! § 59 StGB will das gerade nicht mehr sein. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt ein exzeptionelles Institut für exzeptionelle Taten. Der deutsche Gesetzgeber hat also auf der Ebene der Eingangsstufe die bewußte Wertentscheidung getroffen, kein materiell-rechtliches Erledigungsinstrument zur Verfügung zu stellen wie in Österreich, sondern lediglich prozessuale Einstellungsmöglichkeiten.

4. § 153a StPO hat keine materiell-rechtliche Entsprechung

Damit ist geklärt, daß die Verwarnung mit Strafvorbehalt und die Einstellungsmöglichkeiten gemäß §§ 153, 153a StPO jedenfalls nicht im Sinne eines materiell/prozessualen Verhältnisses zueinander stehen. Auch die jüngst von Boxdorfer aufgestellte Rangordnung der Schwere darf so nicht verstanden werden¹³. Die Vorschriften stehen sich u.U. sogar mit einer gewissen Ausschließlichkeit gegenüber. § 59 regelt bestimmte Fälle im materiellen Bereich, bei denen z.B. das Verschulden durchaus nicht gering sein muß.

12.) AE, 2. Auflg. 1969, S. 113

13.) Boxdorfer, NJW 76, 317 ff. (319)

§§ 153, 153a StPO erfassen weitgehend Fälle der Eingangsstufe. Die Vorschriften wirken wie prozessuale Filter die Taten ausscheiden, die kriminalstrafunwürdig (Verschuldensschwelle) sind.

Kklärungsbedürftig ist jedoch noch die Frage, ob und inwieweit dennoch diejenigen außerordentlichen Verfahren, die einer Erledigung gemäß § 59 StGB zugänglich sind, gemäß §§ 153, 153a StPO behandelt werden könnten, ob es also Überschneidungen gibt.

Dies deswegen, weil es rechtsstaatlich und systematisch bedenklich wäre, wenn das Gesetz einen sachlich-rechtlichen Ausschluß der Strafbarkeit zur Verfügung stellt und - ohne daß man klare Kriterien für die Unterscheidung finden könnte - auch bereits im Prozeßrecht bei weniger rechtsstaatlichen Garantien das Verfahren eingestellt werden könnte. Dabei ist insbesondere der Unterschied äußerst befremdlich, daß bei Erfüllung der Auflage gemäß § 153a StPO die zugrunde liegende Tat erledigt ist, während bei Erfüllung der Auflage und schlechter Führung gemäß §§ 59, 59 b I, in Verbindung mit § 56 f StGB die Sanktion doch verhängt und vollstreckt wird.

5. Überschneidungsfälle von §§ 59 ff. StGB und §§ 153, 153a StPO

Beide Institute stehen aber nur dann tatsächlich

in einem gewissen Widerspruch zueinander, wenn mit §§ 153, 153a StPO prozessuale Sachverhalte (mit inhaltlich gleichen Bedingungen für den Fall der Leistung der Auflage mit nachfolgendem, neuerlichem Fehlverhalten) geregelt werden, die der Gesetzgeber materiell eindeutig § 59 zugewiesen hat.

Nur wenn § 59 StGB und § 153a StPO in einem Stufenverhältnis stehen, gibt es keine Widersprüche. Beide Regelungen müßten dafür aber entweder nicht prozessuale oder beide materielle Institute sein.

Die Regelung des § 59 mag dabei zwar ihrer Rechtsnatur nach umstritten sein, ersichtlich sieht kein Autor sie jedoch als rein prozessuales Instrument¹⁴. Es fragt sich deswegen, ob § 153a StPO als ein materielles Institut begriffen werden kann.

6. Rechtsnatur der §§ 153, 153a StPO

a) Bedeutung

Erstaunlicherweise geben weder die Kommentierungen zu §§ 153, 153a StPO, noch die einschlägigen

14.) vgl. dazu oben B V, 7; C II, 5

Lehrbücher Aufschluß über die Frage, ob es sich bei den angesprochenen Einstellungsmöglichkeiten um prozessuale Regelungen handelt, oder ob es sich in Wahrheit - und entgegen ihrer Stellung in der Strafprozeßordnung - um materiell-rechtliche Erledigungsformen eines Verfahrens handelt. Dies verwundert um so mehr, als dem mit der Strafrechtspflege praktisch Verbundenen schon nach kurzer Zeit klar wird, daß diese Regelungen ganz erhebliche Bedeutung besitzen. Daß sie in Entscheidungen so wenig Berücksichtigung finden, erklärt sich natürlich zum einen bereits aus der die Anwendung voraussetzenden Übereinstimmung zwischen den Verfahrensbeteiligten. Diese Regelung hat im Gegensatz zu ihrer quantitativen Anwendung im Bereich der wissenschaftlichen Durchdringung durchaus nicht im gleichen Verhältnis Berücksichtigung gefunden.

b) Ansatzpunkte zur Qualifizierung

Ausgangspunkt der Überlegung zum Wesensgehalt ist zweckmäßigerweise dasjenige, was zuvor an Kritischem, insbesondere im Zusammenhang mit der Durchbrechung des Legalitätsprinzips gesagt worden ist. Hanack hat in der Erweiterung des § 153 StPO und in der generellen Neueinführung von § 153a StPO eine gänzlich neue Form strafrechtlicher Sanktion gesehen, bezogen auf alle Vergehen mit "geringer Schuld"¹⁵.

15.) Hanack, Gallas Festschrift, S. 363

Wenn ein Institut so grundsätzlich der Erledigung der Kriminalität mit geringer Schuld dient, liegt es natürlich nahe anzunehmen, daß es in Wirklichkeit ein materielles Institut ist.

c) Die Thesen von Krümpelmann

Es ist also notwendig, zunächst ein brauchbares Kriterium zu erarbeiten, wann von einer Sachentscheidung gesprochen werden kann, und wann nur eine Prozeßentscheidung vorliegt. Zweifellos wird dabei Krümpelmann in der Feststellung zugestimmt werden können, daß § 153 StPO eine Grenzlage dieser beiden Klassifizierungen kennzeichnet¹⁶. Soweit er im Ergebnis jedoch dafür plädiert, § 153 StPO als eine prozessuale Vorschrift zu betrachten und dies in erster Linie damit begründet, daß die tatsächliche Handhabung weitestgehend einer Funktionsverschiebung auf das Gebiet der Strafzumessung (die er für nicht richtig hält) entspricht, so ist diese Klassifizierung mehr vom methodischen Wollen als vom empirischen Sein her bestimmt. Es ist sicherlich richtig, daß am Ende einer Untersuchung der Frage der Rechtsnatur der §§ 153, 153a StPO die Aussage, es handele sich um ein materielles Institut, als überraschend empfunden würde. Die Frage der Revisibilität als Möglichkeit der Über-

16.) Krümpelmann, Bagatelldelikte, S. 232

prüfung der richtigen Anwendung des materiellen § 153a StPO wäre sicherlich bisher befriedigend nicht beantwortet¹⁷. Auf der anderen Seite kann die von Krümpelmann als unzulässig betrachtete Tatbestandskorrektur dem Verständnis der §§ 153, 153a StPO als materielle Normen nicht entgegengehalten werden, weil tatsächlich die Vorschriften nur um ihrer Funktion der Tatbestandskorrektur willen materieller Natur sein könnten.

7. Methodischer Ansatz in der Prozeßrechtslehre

So bleibt die Notwendigkeit der Bemühung um einen möglichst systematisch klaren Ansatz zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage. Hilfreich ist hier die allgemeine Prozeßrechtslehre von Sauer, die bereits aus dem Jahre 1951 stammt. In einer nicht ausschließlich die Bereiche des Strafrechts, sondern das gesamte Prozeßrecht überblickenden Arbeit hat er sich bemüht, Kriterien herauszuarbeiten, die als substantieller Gehalt den Prozeßmaximen zugrunde liegen müssen.

a) Opportunitätsgedanke im Strafrecht

Bei ihm findet sich der Gedanke, daß das Opportunitätsprinzip im Strafprozeß der Sache nach

17.) Krümpelmann, Bagatelldelikte aaO

das Erfordernis eines berechtigten Verfolgungsinteresses sei¹⁸. Er schränkt diese Feststellung aber zugleich ein, indem er verdeutlicht, daß die Einstellung gemäß § 153 StPO nach seiner Ansicht in das materielle Recht und nicht in das so verstandene Prozeßrecht gehört, weil wesentliches Kriterium der Vorschrift das Anknüpfen an die Schuld des Täters ist (und damals zusätzlich noch die Folgen der Tat unbedeutend sein mußten)¹⁹.

b) Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidung

Diesen Ansatz hat insbesondere Peters in einer grundsätzlichen Arbeit aufgenommen und erheblich verfeinert. Seine Ausführungen zur Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen sind - soweit ersichtlich - bis heute unwidersprochen geblieben. Für ihn ist Voraussetzung der Kennzeichnung einer Prozeßhandlung bzw. Entscheidung als materiell, daß es sich der Sache nach um die Bewährung der Strafrechtsordnung und die Regelung der Sozialstellung des betreffenden Subjekts handelt²⁰. Prozeßentscheidungen oder prozessuale Institute geben deswegen Antwort auf rein verfahrensrechtliche Gegebenheiten, ohne Sachgestaltungsvoraussetzungen zu umfassen²¹.

18.) Sauer, Allgem. Prozeßrechtslehre, S. 275

19.) Sauer aaO

20.) Peters, ZStW 68 (1956), 374 ff. (377)

21.) Peters aaO, S. 382

c) Erscheinungsformen

Beide Möglichkeiten gibt es nicht nur in theoretisch klarer und unveränderter Form, sondern man findet auch Mischformen, Entscheidungen oder Institute, die beide Gesichtspunkte mehr oder weniger umfassen. Peters gliedert in verschiedene Stufen der Parallelität²². Die Entscheidungen nach §§ 153, 153a StPO könnten bei Übernahme der von Peters vorgegebenen Differenzierungsmöglichkeiten eine versteckte Parallelität einer Prozeß- und Sachentscheidung sein, und zwar immer dann, wenn der betreffende Richter bzw. Staatsanwalt der Ansicht ist, eine rein prozessuale Handlung vorzunehmen und ganz oder zumindest teilweise Motiv dieser Entscheidung ist, eine evtl. mögliche freisprechende Endentscheidung zu vermeiden.

Eine Einordnung in diese Kategorie muß jedoch unterbleiben, da sie eine nicht sachgemäße Erledigung des gesetzgeberischen Auftrags der betreffenden Justizorgane darstellen würde. Ein durchermittelter Fall, der Anlaß zu solchen Überlegungen bietet, ist gemäß § 170 II StPO einzustellen bzw. das Hauptverfahren ist nicht zu eröffnen.

d) Reale Parallelität

Weiter wäre möglich, hier eine reale Parallelität

22.) Für Einzelheiten vgl. Peters, ZStW 68 (), 379 ff

tät von Prozeß- und Sachentscheidung anzunehmen. Dies setzte voraus, daß die Vorgänge sowohl in prozessualer als auch in sachlicher Form geregelt werden könnten. Die reale Parallelität steht im Gegensatz zur konsumierenden, wo das Gesetz bei grundsätzlich gleichfalls gegebener, theoretischer Möglichkeit nur einen Weg zur Verfügung stellt.

§§ 153, 153a StPO können deswegen nicht so verstanden werden, weil hier ja vorliegend erklärt werden soll, ob ein vorgegebenes Institut entweder prozessual oder materiell verstanden werden muß. Reale Parallelität setzt aber zwei unterschiedliche Institute voraus. Um reale Parallelität würde es sich handeln, wenn § 57 AE Eingang gefunden hätte. Dann ließe sich sicherlich sehr eindeutig abgrenzen, indem die Eingangsstufe der Kriminalität im materiell-rechtlichen Bereich über § 57 AE Erledigung fände und hierzu real parallel rein prozessuale Entscheidungen gemäß §§ 153, 153a StPO möglich wären.

Dies ist jedoch gesetzlich nicht realisiert worden, weswegen eine reale Parallelität der Entscheidung für das Institut der Einstellung nicht gegeben ist.

e) Antizipierende Parallelität

Zutreffend dürfte vielmehr sein, daß es sich bei

dieser Regelung um eine in den Bereich der sogenannten antizipierenden Parallelität einzuordnende Erscheinung handelt. Treffend formuliert Peters, daß das Prozeßrecht hier die Rolle des "Steigbügelhalters" für das materielle Recht ausübe²³. Die im Prozessualen gegebene größere Beweglichkeit, die aus dem materiellen Recht herrührende Tendenz, auch solche Sachverhalte darunter subsumieren zu müssen, die den Intentionen des Gesetzgebers für die betreffende Norm gar nicht entsprach, diese Gründe sind die Ursachen für Entscheidungen, die dem Grundsatz der antizipierenden Parallelität unterliegen. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber stellt ein Institut zur Verfügung, wobei es gleichgültig ist, ob es sich im Bereich des materiellen oder des prozessualen Gesetzbuches befindet. Dieses Institut dient im Gewande des Prozeßinstituts dazu, materiellrechtliche Korrekturen zu ermöglichen, die sich daraus ergeben, daß einerseits Teilbereiche des materiellen Rechts in Bewegung geraten, ohne daß sie einer Gesamtregelung (sprich Änderung) bereits zugeführt werden können. Zugleich kann mit solchen Instituten dem Grundsatz der individuellen Gerechtigkeit besser Rechnung getragen werden, der durchaus auch einmal dadurch tangiert werden kann, daß materielles Recht in der durch die Rechtsprechung geschaffene Auslegung

23.) Peters aaO, S. 395

nicht mehr in Übereinstimmung zu bringen ist mit Intention und Sinn der ursprünglichen Norm.

Darum handelt es sich bei den §§ 153, 153a StPO. Wie ausgeführt, sind diese Regelungen insbesondere auf dem Hintergrund der Diskussion zur Frage, wie die Problematik der Bagatelldelinquenz erledigt werden kann, entstanden. Die Problematik ist sicherlich vom Standort her in das Prozeßrecht verschoben worden, was jedoch nicht mehr bedeutet, als daß sich dort jetzt eine Regelung befindet, die sich als typische Erscheinung i.S. einer antizipierenden Parallelität darstellt.

8. §§ 153, 153a StPO als materielle Institute

Die Regelungen der §§ 153, 153a StPO als Sachentscheidung mit antizipierter Parallelität zu verstehen bedeutet, daß es sich nicht um eine Maßnahme des typischen Verfahrensrechtes handelt, zugleich wird nämlich mit sachlichem Gehalt die Entscheidung getroffen, ob der Täter bestraft wird, und zwar an Hand des Kriteriums "geringe Schuld" bzw. "Beseitigung des öffentlichen Interesses".

a) materieller Strafausschließungsgrund

Bei dieser Entscheidung gemäß § 153a StPO wird eine endgültige, negative Entscheidung über die

Strafwürdigkeit gefällt, was als Strafausschließungsgrund zu qualifizieren ist²⁴.

Die Entscheidung, daß ein Verfahren unter den Voraussetzungen der §§ 153, 153a StPO nicht fortgesetzt wird, ist also auf diesem Hintergrund nicht nur schlichtes Prozeßhindernis, da im Gewande dieser prozessualen Entscheidung tatsächlich aus dem materiellen Recht verlagerte Entscheidungen der mangelnden Strafwürdigkeit wegen geringer Schuld stattfinden.

Naucke hat dies auf die Formel gebracht, daß § 153 StPO (und gleiches gilt für § 153a StPO entsprechend) sachlich den Problembereich erledige, geringfügige Straftaten begrifflich zu erfassen und ihre Bestrafung zu verhindern²⁵.

b) Verhältnis zu § 59

Akzeptiert man diese Prämisse zu §§ 153, 153a StPO, so ist die Abstufung zwischen § 59 StGB und den Einstellungsvorschriften unschwer zu erkennen.

24.) vgl. hierzu zum Begriff Jescheck AT (1. Auflg.), S. 364; Naucke, Maurach-Festschrift, S. 197 ff.

25.) Naucke, aaO, S. 206

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt ist ein materiell-rechtliches Institut um exzeptionelle Taten, bei denen im Verschuldensbereich geringe Schuld nicht gefordert wird, sondern Geldstrafe bis zu 180 Tagesätzen im Einzelfall verwirkt sein darf, aus spezial-präventiven Gründen, insbesondere um den Verurteilungsmakel zu vermeiden, von der Verurteilung auszunehmen.

§§ 153, 153a StPO ermöglichen mit dem materiell-rechtlichen Begriff der "geringen Schuld" (ggf. noch kombiniert mit der Beseitigung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung) eine flexible Korrektur der Klein- und Bagatellkriminalität.

Dies ist nicht der Ort zu untersuchen, ob die Wertentscheidung des Gesetzgebers diese Regelung im Bereich des Prozeßrechts zu installieren, und nicht entsprechend dem österreichischen Vorbild bzw. entsprechend den Vorstellungen des Alternativentwurfes, das Gesamtproblem originär materiell-rechtlich zu regeln, zutreffend und zweckmäßig war. Bedenken in dieser Richtung können sicherlich geäußert werden. Für eine Untersuchung, der es in erster Linie um die Inhalts- und Begriffsbestimmung des Gesetz gewordenen Instituts der Verwarnung mit Strafvorbehalt geht, ist aber die klare Herausarbeitung dieses Hinter-

grundes wichtig²⁶.

26.) Der Gesetzgeber hat allerdings die nicht gewünschte Lösung der Bagatell- und Eingangskriminalität geradezu klassisch "antizipiert" ins flexible ("Ermessen") Prozeßrecht verlagert.

Im übrigen weitergehend zur materiell-rechtlichen Natur, insbesondere zur Auseinandersetzung Naucke aaO, S. 204 ff.

D VERWARNUNG mit STRAFVORBEHALT und SCHULDGRUNDSATZ

I. Problemstellung

1. Kommensurabilität der Verwarnung zur Strafe

Dreher hat in seinem Beitrag in der Maurach-Festschrift dem Gesetzgeber vorgeworfen, mit der Einführung der Regelung der §§ 59 ff. sei zum ersten Mal außerhalb des Jugendstrafrechts die Spezialprävention in den Kernbereich des Erwachsenenstrafrechts in einem solchen Maße eingebrochen, daß zwar nicht die Strafzumessung, aber das viel schwerer wiegende "Ob" der Strafe ausschließlich von spezialpräventiven Gesichtspunkten abhängen¹. Weitergehend hat er sogar den Rechtsgrund der Strafe dann nicht mehr in der Tat, sondern in der Prognose gesehen. Die Tat ist nur noch Anlaß und nicht mehr Rechtsgrund des Einschreitens. Während selbst die Einstellung nach § 153 StPO noch von Unrechts- und Schuld Faktoren abhängig sei, ließe die Regelung des § 59 StGB dies völlig vermissen². Dreher hat damit Bedenken aufgenommen, die in der Großen Strafrechtskommission - die das Institut bekanntlich im Ergebnis auch abgelehnt hatte - besonders von Gallas vorgetragen worden waren.

1.) Dreher, Maurach-Festschrift, S. 283

2.) Dreher, Maurach-Festschrift aaO

Gallas hatte als fundamentale Bedingung für jegliche neuen Reaktionsmittel verlangt, daß sie als kommensurabel angesehen werden können. Dies bedeutet, daß (jetzt bezogen auf einen Fall der Verwirkung von Geldstrafe bis zu 180 Tagesätzen) die dem einen Täter auferlegte Geldstrafe in einer gewissen Höhe kommensurabel sein muß mit der u.U. für den anderen Täter ausgesprochenen Verwarnung mit Strafvorbehalt. Nachdem in der Verurteilung zur Verwarnung mit Strafvorbehalt als solcher gerade keine Strafe gesehen werden kann, kann die Kommensurabilität der Strafe mit dem Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt allenfalls noch in der dem Täter auferlegten Verpflichtung, sich über einen gewissen Zeitraum hinweg ordnungsgemäß zu führen oder anderenfalls die bereits festgelegte Geldstrafe zu erleiden, gesehen werden³. Gallas hielt dies nicht für kommensurabel, wobei nicht völlig klar wird, ob ihm die auferlegte Sanktion als ein zu deutliches Minus erschien, oder ob er bereits den Ansatz, daß es nämlich überhaupt zu keiner Strafe kommen konnte, für unvereinbar mit dem Schuldgrundsatz hielt. In jedem Fall rügte er als Verstoß gegen das Schuldprinzip, daß die Regelung einen zu großen Spielraum gewähre⁴.

3.) vgl. Gallas, NS 1. Band, 5. Sitzung, 109;
9. Sitzung, 198 ff; 4. Sitzung, 87 ff.;
8. Sitzung, 188 ff.

4.) Gallas, NS 1. Band, 8. Sitzung, 188, 189

2. Klärung des Vorverständnisses

Bereits eine erste kurze Überprüfung dieser Ansichten zeigt, daß die Vorwürfe der genannten Autoren ein bestimmtes Verständnis von "Schuld" voraussetzen. Lehrbücher und Kommentare sagen begrifflich hierzu - insbesondere nachdem in § 46 I Satz 1 StGB dies auch noch ausdrücklich normiert worden ist, Schuld bedeute, "daß kriminelle Strafe nur auf die Feststellung gegründet werden dürfe, daß dem Täter seine Tat zum Vorwurf gemacht werden könne". Aus dem Schuldprinzip folgt nach dieser Ansicht, daß Strafe Schuld voraussetzt oder, daß das Wesen der Strafe eine mißbilligende Antwort der Rechtsgemeinschaft auf schuldhaft begangenes Unrecht ist; Strafe ohne Schuld darf es also nicht geben⁵. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Anspruch des "nulla poena sine culpa" ausdrücklich gebilligt⁶. Nun wird aber auf den ersten Blick zumindest dieser Grundsatz nicht dadurch tangiert, daß - und das allenfalls könnte §§ 59 ff. StGB zum Vorwurf gemacht werden - in der Umkehrung bei vorliegender Schuld u.U. nicht bestraft wird.

Wer also den §§ 59 ff. einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz vorwirft, bekennt sich nicht nur

5.) vgl. z.B. Jescheck AT (2. Auflg.), § 3, S. 14 (insbes. Anm. 4); LK (Koffka), § 13, RN 4, mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

6.) BVerfG E 20, 331

zu dem vorstehend skizzierten Begriff des Schuldstrafrechts in der Weise, daß es keine Strafe ohne Schuld gibt, sondern derjenige muß auch in der Umkehrung fordern, daß dort, wo Schuld vorliegt, auch bestraft werden muß. Ganz deutlich hat dies zum Beispiel Arthur Kaufmann ausgesprochen und diese Forderung die Zweiseitigkeit des Schuldprinzips genannt, die er als einen Grundsatz der sittlichen Welt, der *lex naturalis* bezeichnet⁷.

Diese Umkehrung des Postulats "keine Strafe ohne Schuld" wird jedoch überwiegend abgelehnt. Während zur Begründung des den Einzelnen schützenden Schuldgrundsatzes, der jetzt auch formell gesetzlich verankert ist, meist auf naturrechtliche Gesichtspunkte sowie auf bereits in frühen römisch-rechtlichen Ansätzen erkennbare Prinzipien zurückgeführt wird, wird bestritten, daß die Rechtsgemeinschaft eine Verpflichtung zur Strafe bei Vorliegen von Schuld habe⁸.

Erstaunlicherweise sagt selbst Maurach, daß es diese Umkehrung nicht gebe, wenngleich er auch dieser Feststellung sofort die (wohl widersprüchliche) Einschränkung hinzufügt, daß eine schuldunterschreitende Strafe unzulässig sei. Dies bedeutet in der Konsequenz (da keine Strafe die

7.) Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 208

8.) vgl. Jescheck AT (2. Auflg.), § 3, S. 14, insbes. Anm. 2; § 52, I, S. 416; Baumann AT, § 10, S. 109; Lackner, vor § 13, III, 4

extremste Form der Schuldunterschreitung darstellt) eben letztlich doch wieder, daß bei Vorliegen von Schuld auch Strafe notwendig ist⁹.

Festzuhalten bleibt: Diejenigen, die in der Verwarnung einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz sehen, sind einerseits der Meinung, daß eine gerechte Strafe der Schuld entsprechen müsse und das Schuldstrafrecht verlange, daß bei variierenden Reaktionen des Strafgesetzbuches diese untereinander kommensurabel sein müssen. Auf der anderen Seite wird ausdrücklich erklärt, daß ein strikt zweiseitiger Schuldbegriff im Sinne Kaufmanns nicht anerkannt werde.

3. Parallele Entwicklung in der Strafzumessungstheorie

In diesem Zusammenhang ist ein weiterer Gesichtspunkt in der Gesamtdiskussion zum Schuldgrundsatz von Bedeutung. Es war vorstehend ausgeführt worden, daß einhelliger Konsens darüber besteht, daß Strafe Schuld voraussetzt, was für die Umkehrung nicht gilt.

Hierzu gibt es eine interessante Parallele, wenn man die Frage der Strafzumessung und die Bedeutung des Schuldgrundsatzes hierfür betrachtet.

9.) vgl. Maurach AT, § 10, I, B, S. 106

Es gibt nämlich eine ähnlich einheitlich übereinstimmende Meinung dahingehend, daß die Strafe nicht höher ausfallen darf, als die Schuld es gebietet, mit anderen Worten, daß die Schuld eine strafbegrenzende Funktion nach oben habe¹⁰. Und gleichermaßen, wie die Umkehrung des allgemeinen Prinzips nicht akzeptiert wird, wird auch die Umkehrung der Bedeutung der Schuld für die Strafzumessung nicht anerkannt. So gibt es insbesondere bei den Autoren des Alternativentwurfes die Vorstellung, daß die Schuld nur die Obergrenze der Strafe, nicht aber zugleich eine Untergrenze gebiete¹¹. Dieser Teil der Strafzumessungslehre muß gerade in jüngster Zeit als derjenige bezeichnet werden, in dem ganz erheblich unterschiedliche Auffassungen zutage getreten sind.

Es zeigt sich, daß die Kritik am Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt, soweit ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz gerügt wird, nicht im zentralen Bereich der Geltung der Schuld als solcher ansetzt, sondern die Auswirkung des Schuldgrundsatzes auf die Strafzumessung, und hier wieder in der äußersten Form der Strafzumessung, nämlich der Nichtzumessung von Strafe überhaupt, an-

10.) vgl. Jescheck AT (2. Auflg.), §3, S. 14, 15; Lackner, § 46, Anm. 1, mit weiteren Nachweisen. Die abweichende Meinung von Dreher, StGB, § 46, Anm. 12. Überschreitung zulässig, soweit Strafe im Kern noch Schuldstrafe bleibt, wird hier nicht weiter verfolgt.

11.) vgl. §§ 2, 59 AE

gesprochen ist¹². Mit anderen Worten, die Zulässigkeit des generellen Strafverzichts bei grundsätzlich anerkanntem Schuldgrundsatz ist zu klären¹³.

4. Läßt § 46 StGB Schuldunterschreitung zu?

Eine solche Untersuchung führt zu § 46 StGB, in dem neben dem Schuldgrundsatz auch Strafzumessungsrichtlinien verankert sind. Diese Norm war vor ihrer endgültigen Verabschiedung schon umstritten, sie ist es auch anschließend geblieben. Geklärt ist jedoch in jedem Fall, daß die in § 2 II und § 59 I des Alternativentwurfes enthaltene ausdrückliche Festlegung, daß die Schuld die Strafe nur nach oben begrenze, nicht Gesetz geworden ist¹⁴.

Für die vorliegende Untersuchung ist also eine Auseinandersetzung mit dem Schuldbegriff des § 46 StGB insoweit notwendig, als für die Beantwortung der Frage der Zulässigkeit der schuldunterschreitenden Strafrechtsreaktion im konkreten Fall des § 59 eine Antwort zu finden ist.

12.) vgl. ähnlich Rezbach, S. 83, 84

13.) vgl. hierzu schon Schröder, NJW 52, 9

14.) vgl. Müller-Emmert, DRiZ 69, 273 ff. (276)

Eine generelle, umfassende Auseinandersetzung mit dem Schuldbegriff ist allein schon angesichts des fast unübersehbaren Schrifttums eine nahezu unlösbare Aufgabe. Für das vorliegende Problem ist der allgemeine Schuldbegriff zu erörtern, nur und insoweit wie Gesichtspunkte dieses Schuldbegriffs relevant und erheblich für die Frage nach der Schuldunterschreitungsmöglichkeit der §§ 59 ff. StGB sind.

II. Schuldgrundsatz und Strafzumessung

1. Tatschuldprinzip

Die strafrechtlich-relevante Schuld ist Tatschuld¹. Dieses Tatschuldprinzip ist durch die Verwarnung mit Strafvorbehalt als solcher gewährleistet, da die u.U. zur Anwendung kommende Sanktion tatschuldadäquat ist, ja durch die sofortige, konkrete Bestimmung gerade der Gefahr des Probationsmodells aus dem Wege gegangen wird, daß nicht ausschließlich Tatschuldgesichtspunkte für die Höhe der Strafe maßgebend sind, sondern die in die Bewährungszeit fallende Lebensführungsschuld des Betreffenden.

Die Bedeutung des Schuldprinzips für die Straf-

1.) vgl. Schönke-Schröder, vor § 13, RN 105; Jescheck AT (2. Auflg.), § 38, S. 316, "Einzeltatschuld"; Maurach AT, § 35, III, S. 412, 413

zumessung ergibt sich aus der Gegenposition, nämlich einem Strafrecht, das nicht schuldabhängig Reaktionen verhängen würde, sondern gefährlichkeitsabhängig sich ausschließlich an spezial-präventiven Gesichtspunkten orientieren würde.

Die Frage nach der Bedeutung des Schuldgrundsatzes für die Grenzziehung der Strafe nach (oben wie nach) unten heißt also zugleich nach den Strafzwecken fragen.

2. Strafzweckdiskussionen und Antinomieproblem

Fragt man nach den Strafzwecken, so ruft dies sofort die Erinnerung an den Schulenstreit wach. Die Entwicklung ist über diese Vorstellungen, die als in sich ruhende, durchdachte Modelle mit der Wirklichkeit nicht in Übereinstimmung zu bringen waren, heute zum größten Teil hinweggegangen. Dennoch ist es von Nutzen, vom Ansatz her sich noch einmal zu vergegenwärtigen, wie die gedanklichen Linien dieser Entwicklung verlaufen, weil dies für das heutige Verständnis des Schuldbegriffs Voraussetzung ist.

a) Vergeltungstheorie

Für die Vergeltungstheorie war Sinn der Strafe, die Schuld, die der Täter durch die Straftat

auf sich geladen hatte, zu tilgen, indem ihm entsprechend dem Maß des begangenen Übels selbst wieder ein Strafübel auferlegt wurde. Die Strafe trug dabei ihren Zweck - nämlich Verwirklichung der Gerechtigkeit - in sich selbst².

b) Zweckstrafe

Die Gegenposition bestand in der Theorie der Zweckstrafe, die ausschließlich spezial-präventiv eine Strafe verhängt sehen wollte. Treffend ist dies auch als eine vorbeugende Besserungsstrafe bezeichnet worden³.

c) generalpräventive Strafe

Die dritte Möglichkeit, den Sinn der Strafe zu begründen, geht bereits auf Anselm von Feuerbach zurück, der allein Gründe der Generalprävention anerkennen wollte⁴.

Auf die einzelnen Einwände gegen diese Theorien, insbesondere, soweit sie um der Modellreinheit willen strikt verfolgt worden sind, braucht hier

2.) vgl. Roxin, JuS 66, 377, mit umfangreichen, auch historischen Nachweisen auf Hegel und Kant.

3.) vgl. v. Liszt, Lehrbuch, S. 6 ff.; Roxin aaO, S. 379

4.) vgl. Feuerbach (Herausg. Mittermaier), § 7a, § 133, S. 232

nicht eingegangen zu werden⁵.

Entscheidend ist, daß sowohl die Rechtsprechung als auch die Lehre bereits in den 20iger Jahren dazu ansetzten, die zunächst sehr gegensätzlichen Standpunkte mit einer Vereinigungstheorie zu überwinden⁶. Schon recht bald zeigt es sich aber, daß mit einer schlicht summierenden Vereinigungsformel kein Problem gelöst war. Im Endeffekt verlagerte man die Wertentscheidungen, was Strafe ist und was mit Strafe erreicht werden sollte, nur unter das einheitliche Dach einer Theorie. Tatsächlich führt dies dann auch dazu, daß man eben dem Richter im Einzelfall überließ - je nach seiner persönlichen Einstellung - denjenigen Strafzweck zu favorisieren, den er für richtig hielt⁷.

So wurde lediglich eine Verschleierung der Strafzweckantinomie erreicht.

Die Antinomie der Strafzwecke ließ es einfach nicht zu, in allen Fällen gleichermaßen Schuld- ausgleich im Sinne der Vergeltungsstrafe mit spezial-präventiver Besserung und general-präventiver Abschreckung zu verbinden.

5.) vgl. Roxin aaO

6.) vgl. Jescheck AT (2. Auflg.), S. 647;
RGSt 58, 106-109; BGHSt 7, 28

7.) vgl. Heinitz, ZStW 70 (1958), 3

3. Strafzweck und Strafzumessung

Da Strafzumessung davon abhängt, was Strafzweck ist, wurde auf eben diesem Feld die Frage praktisch bedeutsam⁸.

a) Streit um das Gewicht der Strafzwecke

Allgemeine Überzeugung ist, daß Strafrecht dem Zwecke dient, das friedliche Zusammenleben der Rechtsgenossen in der Gesellschaft zu organisieren, also eine strikte Vergeltungstheorie nicht mehr Anwendung finden konnte. Dies beruhte schon allein darauf, daß die Aufnahme irgendwelcher anderer Strafzwecke mit in die Vereinigungsformel zugleich auch den Abschied von der strikten Vergeltungsidee nur um der Gerechtigkeit willen bedeutete⁹.

Was die Vereinigungsformel in ihrer addierenden Form selbstverständlich nicht geboten hat, war die Lösung der Frage, was bei widersprechenden Strafzwecken denn nun den Vorrang genieße. Lange Zeit war dabei allgemeine Ansicht, daß der Strafzweck der Vergeltung im Zweifelsfall

8.) vgl. auch Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 311;

9.) vgl. Lackner, Festschrift für Gallas, insbes. S. 118 und Anm. 7, mit umfangreichen Nachweisen zum heutigen Meinungsstand.

den Vorrang genieße¹⁰.

b) Standpunkt des BGH

Der BGH hat dies noch im 20. Band so ausgedrückt¹¹:

"Grundlagen der Strafzumessung sind die Schwere der Tat in ihrer Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung und der Grad der persönlichen Schuld des Täters. Unter Berücksichtigung und gegenseitiger Abwägung dieser Gesichtspunkte soll der Richter die gerechte, d.h., schuldangemessene Strafe finden. Der Strafraum gibt ihm hierzu einen gewissen Spielraum, innerhalb dessen eine Strafe noch als schuldangemessen anzuerkennen ist (BGH 3, 79; 7, 28). Der Richter kann dabei auch anderen Strafzwecken, so denen der Abschreckung und der Sicherung Raum geben. Der Präventionszweck darf aber nicht dazu führen, die gerechte Strafe zu überschreiten. Die nachrangigen (finalen) Strafzumessungsgründe können ein Übermaß in diesem Sinne niemals rechtfertigen".

Welchen Stellenwert die Schuld nun tatsächlich hat, ergab sich bei dieser Auffassung des BGH aber gerade nicht mehr unmittelbar aus dem Schuldbegriff, sondern aus seiner Funktion in der Strafzumessung.

c) Der früher vom BGH beschrittene Weg, den Strafzweck der Vergeltung im Zweifel zu favorisieren, wird heute nicht mehr uneingeschränkt geteilt. Ein gewisser

10.) vgl. Jescheck AT (2. Auflg.), S. 647, insbes. Anm. 30; BGHSt 20, 267

11.) BGHSt 20, 267

Wandel, insbesondere durch die sehr fruchtbare Diskussion im Zusammenhang mit den gesetzgeberischen Vorschlägen und deren Erörterung, ist unverkennbar. Bei einer rückblickenden Betrachtung soll dabei nicht vor dem Ende des 2. Weltkrieges eingesetzt werden, weil die Zeit des 3. Reiches nur wenig repräsentativ ist.

4. Entstehung der Spielraumtheorie

Die Rechtsprechung kehrte nach dem Ende des 2. Weltkrieges entsprechend einer verbreiteten Überzeugung wieder zu Grundwerten zurück, die sich "konservativen" Anschauungen der früheren klassischen Schule stark näherten¹². Unbestritten war jedoch auch in der damaligen Rechtsprechung bereits, daß alle drei klassischen Strafzwecke grundsätzlich anerkannt waren. Im Zweifelsfall vorrangig war jedoch der Vergeltungsgedanke, der jedoch überwiegend nicht mehr als solcher gekennzeichnet wurde, sondern als Strafzweck der "Sühne" gekennzeichnet wurde¹³.

In der wissenschaftlichen Diskussion wurde mehr und mehr darum gerungen, diese wenig argumentativ dargelegte Bevorzugung zu begründen. Die Entscheidung des BGH in BGHSt 7, 32 ergab einen tief-

12.) vgl. zum Ganzen Jescheck GA 1956, 109; 1954, 333

13.) vgl. BGHSt 5, 334; 6, 127; 20, 267

greifenden Einschnitt. Der BGH schuf die "Spielraumtheorie" und griff dabei auf eine in der Großen Strafrechtskommission im Jahre 1954 gefundene Formulierung zurück, nach der die Strafe der Schuld des Täters gerecht werden solle und in diesem Rahmen dazu diene, den Täter in die Gemeinschaft wieder einzugliedern, Straftaten zu verhüten und die Allgemeinheit vor dem gefährlichen Täter zu schützen.

Diese Spielraumtheorie - deren Problematik und Diskussion hier auch nicht annähernd ausgeschöpft werden kann und für das vorliegende Thema auch nicht ausgeschöpft werden muß - erlaubte eine "flexible" Handhabung, und brachte im wesentlichen das Zugeständnis, daß je nach Berücksichtigung des Strafzwecks unterschiedliche Strafhöhen angemessen sein können. Limitiert wurde diese mögliche Strafe jedoch durch die schuldangemessene Strafe¹⁴.

Spezial-präventive und general-präventive Überlegungen werden als Nebenstrafzwecke bezeichnet. Trotz lebhafter Auseinandersetzungen ist der BGH und die ihm sehr schnell folgenden Instanzgerichte davon nicht mehr abgewichen¹⁵.

14.) vgl. BGHSt 7, 28

15.) vgl. OLG Hamburg NJW 55, 1938; zur Auseinandersetzung aus dem ansonsten fast unübersichtlichen großen Schrifttum Peters, Grundfragen der Strafrechtsreform S. 43; Spendel NJW 64, 1760; Lange ZStW 68 (1956), 614; Jescheck GA 56, 109; Zipf, Strafmaßrevision S. 70 ff.

Mit allem Vorbehalt war der Sachstand dieser Strafzumessungstheorie, daß der Richter in einem Durchgangsstadium der Strafzumessung zunächst unter dem Gesichtspunkt der Schuldangemessenheit eine Rahmenstrafe (von - bis) gedanklich auswirft und innerhalb dieses Rahmens dann unter Berücksichtigung der übrigen Strafzwecke die schließlich konkret auszuwerfende Strafe festlegt¹⁶.

5. Schuldüberschreitungsverbot oder Grundlagenformel

Auf diesem Hintergrund müssen die Auseinandersetzungen um die Strafzweckregelung im E 1959 und im E 1962, sowie in der Diskussion der Strafrechtsreformkommission und zum Alternativentwurf gesehen werden.

Ausgangspunkt war eine Arbeitshypothese von Mezger gewesen, der formuliert hatte, daß die Strafe in "gerechter Weise der Schuld entsprechen" solle. Auf dieser Grundlage diene sie auch der Verhütung von Straftaten, der Sicherung der Allgemeinheit und der Eingliederung der straffällig Gewordenen¹⁷. Als Zwischenergebnis der Beratung verständigte man sich auf die Formulierung, aus der der BGH den Ansatz zur Spielraumtheorie übernahm, Strafe mußte

16.) vgl. zum Ganzen eingehend Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 263 ff.

17.) Mezger, NS 1. Band, 2. Sitzung, 33

der Schuld des Täters gerecht entsprechen, und in diesem Rahmen dazu dienen, den Täter in die Gemeinschaft wieder einzugliedern, Straftaten zu verhüten und die Allgemeinheit vor dem gefährlichen Täter zu schützen¹⁸.

Dieses Zwischenergebnis hatte jedoch keinen Bestand. Nach weiteren großen Debatten entschloß sich die Kommission schließlich diese Formulierung aufzugeben und festzulegen:

"Wer ohne Schuld handelt, wird nicht bestraft. Die Strafe darf das Maß der Schuld nicht überschreiten".

Dieses Ergebnis war Gegenstand heftiger Kritik, was dazu führte, daß (allerdings wesentlich später Im E 1959 II) das Überschreitungsverbot aufgehoben und dafür formuliert wurde:

"Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters" (Grundlagenformel).

Diese Formel ist später Gesetz geworden, trotz heftiger Angriffe.

Ausgangspunkt der ganzen Diskussion war, daß den Anhängern des Schuld-Sühnegedankens die ursprüngliche Formulierung das Schuld-Sühneprinzip zu stark tangierte, bzw. zu wenig stark festschrieb.

18.) BGHSt 7, 132

Die dann getroffene Grundlagenformulierung war zwar auch keine ausgesprochene Festlegung der Obergrenze des Schuldrahmens. Dreher entnimmt ihr unter gewissen Umständen die Berechtigung, soweit es sich im Kern noch um Schuldstrafe handele, auch eine Überschreitung der schuldadäquaten Strafe zu gestatten¹⁹.

Die dagegen, insbesondere vom Alternativentwurf geführten Bestrebungen auf die ursprüngliche Schuldbegrenzungsformel zurückzukommen, waren im Ergebnis erfolglos.

19.) so zumindest Dreher, StGB, § 46, RN 12;
a.A. Jescheck AT (2. Auflg.), S. 648,
FN 30a

6. Der Versuch die Antinomie der Strafzwecke zu überwinden

Dennoch war diese Auseinandersetzung im Ergebnis fruchtbar, weil Schritt für Schritt doch eine breite "Mitte" sichtbar wurde. Markstein auf diesem Weg war die Formulierung von Gallas, die Strafe diene dem Schutz der Rechtsordnung und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft, sie gründe sich auf die Schuld des Täters und dürfe deren Maß nicht übersteigen²⁰. Zutreffend kennzeichnet Bruns die insbesondere auch von Jescheck weiter entwickelten Formulierungen als wohlüberlegte Verbindungen repressiver und präventiver Zielsetzungen. Ein echtes Bemühen um eine substantielle Annäherung der Antinomie der Strafzwecke wurde deutlich; die entsprechende Formulierung bei Jescheck heißt: Die Strafe dient der Verhinderung von strafbaren Handlungen in der Zukunft (Zweckelement) durch gerechte Vergeltung der in der Vergangenheit begangenen schuldhaften Rechtsverletzung (Schuldsühneelement)²¹.

Dieser in der wissenschaftlichen Diskussion gewonnenen "Synthese" entsprach der Versuch des

20.) vgl. Gallas, ZStW 80 (1968), 1 ff. (6); Kaufmann, ZStW 80 (1968), 34 ff.

21.) vgl. Jescheck AT (1. Auflg.), 39 ff., 41, 562 ff. AT (2. Auflg.), 42 ff. und 645 ff. (Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Auflg., S. 193 ff., S. 290 ff.

Gesetzgebers, die Antinomie in § 46 StGB, wenn nicht völlig zu überwinden, so zumindest besondere Gesichtspunkte wertmäßig hervorzuheben und festzulegen. Diese Funktion der Grundlagenformel, die Schuld nicht mehr nur zum Ausgangspunkt der Strafzumessung zu machen, sondern zum echten Maßprinzip und außerdem ausdrücklich ein zweckstrafenorientiertes Strafzumessungsprinzip aufzuführen, war zwar nicht wirklich gutgeheißen worden. Daß der Gesetzgeber aber mit dem geschilderten Vorverständnis zum ersten Mal konkret daran ging, die Antinomie der Strafzwecke zu überwinden, zeigt u.a. besonders anschaulich Lackner in seiner Auseinandersetzung mit Stratenwerth, wenn er die Vorschrift auch eine gesetzgeberische Fehlleistung von besonderem Rang genannt hat²².

Wer nur den Gesetzestext des § 46 StGB betrachtet, kann kaum erkennen, welch lebhafte und fruchtbare Auseinandersetzung dahintersteht, wie insbesondere in der Nichtfortführung der Formulierung aus dem E 1959 und der Nichtübernahme der Formulierung des Alternativentwurfes diese Formulierung Konturen erhält, zumindest für denjenigen, der die Zusammenhänge kennt. Lackner ist also zuzustimmen, daß § 46 StGB nach seinem geltenden Wortlaut - und wie man hinzufügen möchte, vor dem Hintergrund der konkreten Entwicklung - letztlich alle wichtigen, hierzulande ernsthaft vertretenen Strafzumessungs-

22.) vgl. Lackner, Gallas-Festschrift, S. 118 ff.; Stratenwerth, "Tatschuld und Strafzumessung", Recht und Staat, 72, 13 ff.

lehren deckt, wobei man die Einschränkung anbringen will, daß dies nicht insgesamt gilt, sondern daß im Wege einer kompromißhaften Zusammenfassung Teile all dieser Vorstellungen synthesesenartig vereinigt werden²³. § 46 verwirklicht nicht das reine Prinzip irgendeiner dieser Strafzumessungslehren.

7. Inhaltliche Unterschiede bei identischen Schuldüberschreitungsformeln

Die im E 1962 enthaltene und später in § 13 StGB, jetzt § 46 StGB enthaltene Grundlagenformel war wie erwähnt eigentlich von niemandem gewünscht worden.

Die fast widersprüchliche Entwicklung, daß die Anhänger des Schuld-Sühnegedankens am Ende der Arbeiten der Großen Strafrechtskommission eine Formulierung hatten, die mit derjenigen des Alternativentwurfes identisch zu sein scheint, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß völlig unterschiedliche Inhalte damit verbunden wurden. Am Ende der Großen Strafrechtskommission war dieses Schuldüberschreitungsverbot als Bollwerk gegen spezial-präventive, schuldüberschreitende Strafe gedacht.

Die Änderung des Schuldüberschreitungsverbotes aus dem E 1959 in die Grundlagenformel des E 1962

23.) vgl. Lackner aaO, S. 128

war der Kompromiß aufgrund der gegen diese Formel vorgebrachten Kritik derjenigen, die überwiegend finalen Strafzumessungsgründen zuneigten. Die Grundlagenformel mit ihrer Unverbindlichkeit erlaubte es zunächst, daß jeder seinen eigenen Inhalt zumindest mitverwirklicht sah.

Zwar sprachen sich grundsätzlich übereinstimmend alle Gutachten und Referenten auf dem Münchner Juristentag 1960 gegen die Grundlagenformel aus, jedoch wieder aus ihrem eigenen, teilweise stark differierenden Vorverständnis²⁴.

Für die Anhänger des Schuld-Sühnegedankens war an der Grundlagenformel problematisch, daß die Schuld grundsätzlich als Ausgangspunkt gewählt wurde, was insoweit notwendig voraussetzte, daß es auch Ausnahmen gab. Für die Anhänger finaler Strafzumessungsgründe waren diese nicht ausreichend, insbesondere nicht *expressis verbis* berücksichtigt²⁵. Bereits damals betonte Schröder - und die Entwicklung hat ihn insoweit nachdrücklich bestätigt - daß dieser Strafzweckkompromiß, den man in der Grundlagenformel nun fand, für jede Seite ihren Preis kostete. Die Grundlagenformel war trotz ihrer auf den ersten Blick eindeutigen Anlehnung an den Schuldgrundsatz, mit dem herkömmlichen Schuldgedanken (was also den Vorrang des Strafzwecks der Vergeltung anbetraf) nicht mehr in dem Maße vereinbar war wie

24.) vgl. Verhandlungen des Münchner Juristentages 1960, I, S. 1 ff. (90), Referat von Lang-Hinrichsen

25.) vgl. insbes. Maurach, Münchner Juristentag I, S. 28 ff., S. 47

zuvor, was von Schwalm auch als "aufgelockertes Schuldprinzip" bezeichnet worden war²⁶.

a) Alternativentwurf und dialektische Vereinigungstheorie

Dieser Teil der Veränderung der Bedeutung des Schuldbegriffs zum "aufgelockerten Schuldprinzip" erhielt durch die Vorlage des Alternativentwurfes und die daran anknüpfende Diskussion noch einmal neue Impulse. Der Alternativentwurf machte konsequent klar, daß im Anschluß an die von Roxin entwickelte dialektische Vereinigungstheorie ausschließlich zweckbestimmte Gründe maßgebend sein dürften. Ausdrücklich heißt es bei ihm, das auf eine bloße limitierende Funktion zurückgedrängte Schuldprinzip reiche zur Rechtfertigung der Strafe nicht aus und stehe der Anerkennung eines Sühne- und Vergeltungszwecks entgegen²⁷.

b) Konstitutives Element Schuld

Gegen eine so verstandene Limitierung des Schuldprinzips erhob sich aber nun heftiger Widerspruch,

26.) vgl. Schröder, Münchner Juristentag, Band II, Dritte Abt., E 12; Schwalm GA 1964, 262

27.) vgl. Roxin, JuS 66, 384

denn die im E 1959 enthaltene sehr ähnliche Formulierung war trotz gleichen Wortlauts gerade gegen ausschließlich spezial-präventiv verstandene Überschreitung der schuldangemessenen Strafe gedacht gewesen. Diese begriffliche Möglichkeit spezial-präventiv orientierter Strafe wurde nun zwar von den Anhängern zweckstrafenorientierter Strafzumessung aufgegeben, Schuldüberschreitung wäre ja nach der Formulierung des § 59 I (AE 69) Alternativentwurf ausgeschlossen.

Insbesondere Gallas, aber auch Jescheck haben demgegenüber betont, daß das Schuldprinzip soweit nicht zurückgedrängt werden könne, es also eine "konstitutive Bedeutung" für die Höhe der Strafe habe²⁸. Kernthese der in Münster auf der Strafrechtslehretagung gehaltenen Referate war, daß ohne Anknüpfung an das Schuldprinzip kein gerechtes Maßprinzip der Strafzumessung zur Verfügung stehe, insbesondere der "Schutz der Rechtsgüter" ein solches ohne Verbindung mit der Schuld nicht abgäbe.

Für die vorliegende Frage ist insbesondere die Tatsache festzuhalten, daß der Schuldbegriff in der Diskussion ganz allgemein (soweit er natürlich nicht schon vom Grundsatz her überhaupt als Maßprinzip abgelehnt wird) eine konstitutive Bedeutung erhält.

28.) vgl. Gallas, ZStW 80 (1968), 6 ff.; Kaufmann, ZStW 80 (1968), 34 ff. näher präzisierend; Jescheck, ZStW 80 (1968), S. 54 ff. (59)

Auch sprachlich wird, insbesondere nachdem in den letzten Ausschusssitzungen als Satz 2 der Grundlagenformel noch ein ausschließlich spezial-präventiv orientierter Satz als Strafzumessungslinie nachgestellt wurde, versucht, deutlicher zu formulieren. Es wird nicht mehr davon ausgegangen, daß das Schuldprinzip als solches für die Strafzumessung gelte, sondern es wird von Schuld-Sühneprinzip (als repressivem Strafzweck) einerseits und von § 46 I 2 StGB als präventivem Strafzweck andererseits gesprochen. Hier liegt in der Sache ohne Zweifel eine deutliche Akzentverschiebung der Strafzweckaussage²⁹.

- c) Auswirkung auf den Umkehrschluß aus "nulla poena sine culpa"

Wenn Schuld aber konstitutiv ist, erscheinen die pauschalen Feststellungen, daß eine Umkehrung des Satzes "nulla poena sine culpa" nicht möglich sei, zumindest überprüfungsbedürftig. Konstitutiv kann ja nur bedeuten, daß bei Vorliegen von Schuld Strafe verwirkt ist. Sicherlich und unstreitig nicht über den Kernbereich dessen hinaus, was noch Schuldstrafe ist. Konsequenterweise aber wohl auch nicht unter den Rahmen, was noch Schuldstrafe ist. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt ist aber gerade keine Strafe mehr.

29.) vgl. so auch Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 311

Gemessen an diesem Schuldverständnis würde der Vorwurf des Verstoßes gegen das Schuldprinzip gerechtfertigt erscheinen.

8. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sehr schnell zu den neu geltenden Strafzumessungsrichtlinien Stellung genommen. In BGH 1 STR 437/70 heißt es für die Obergrenze:

"Denn die Höhe der Strafe muß immer in einem angemessenen Verhältnis zum Grade der persönlichen Schuld des Täters stehen; hier liegt eine absolute Obergrenze, die auch bei Berücksichtigung anderer Strafzwecke nicht überschritten werden darf".

Und im folgenden für die Untergrenze im BGHSt 24, 133:

"Der Bundesgerichtshof hat in der Zeit vor Inkrafttreten des ersten Strafrechtsreformgesetzes zum Ausdruck gebracht, Grundlage der Strafzumessung bildeten die Bedeutung der Tat für die Rechtsordnung und der Grad der persönlichen Schuld des Täters (vgl. BGHSt 3, 179; 7, 214, 216). Innerhalb des Spielraums der schuldangemessenen Strafe konnte der Richter auch andere Strafzwecke

berücksichtigen. Diese durften aber nicht dazu führen, daß der Rahmen der gerechten Strafe überschritten wird (vgl. BGHSt 20, 264, 267).

Insbesondere war es unzulässig, dem Sicherungsgedanken eine derartige Bedeutung beizumessen, daß die notwendige Schuldangemessenheit der Strafe nicht mehr beachtet wird (BGH-Urteil vom 9.10.1962 1 StR 364/62). Die bisherige Rechtsprechung ist somit davon ausgegangen, daß eine Abweichung der Strafe vom schuldangemessenen Rahmen nicht zulässig ist.

Das erste Strafrechtsreformgesetz hält an dem System der Zweispurigkeit von Strafe und Maßregel fest. Der Schuldgrundsatz, nunmehr ausdrücklich im Gesetz verankert, gebietet klar zwischen den Aufgaben der Strafe und der Maßregel zu unterscheiden (vgl. § 13 I S. 1 StGB). Grundlage für die Zumesung der Strafe unter Berücksichtigung ihrer Funktionen ist die Schuld des Täters. Von ihrer Bestimmung als gerechtem Schuldausgleich darf sich die Strafe weder nach oben noch nach unten inhaltlich lösen (vgl. Sitzungsniederschriften des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, S. 2795; erster schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT.-Drucksache V, 4094, S. 5).

Die Anordnung einer Maßregel darf deshalb bei der

Strafzumessung auch nicht im Sinne einer Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe berücksichtigt werden"³⁰.

Die apodiktischen Feststellungen zur Unzulässigkeit der Schuldunterschreitung überraschen, weil dem BGH dies offensichtlich so selbstverständlich ist, daß er die Probleme, die hierdurch in § 46 I Satz 2 StGB (früher § 13 I Satz 2) auftauchen, gar nicht anspricht, geschweige denn die durch §§ 59 ff. StGB aufgeworfene Frage, die in gewissem Umfang auch für § 60 StGB gilt.

Im Bewußtsein für die tatsächlich substantiell gewandelte Vorstellung vom konstitutiven Schuldprinzip und in Kenntnis der von der Rechtsprechung dazu eingenommenen Haltung muß das Spannungsverhältnis zu § 46 I Satz 2 StGB allgemein bzw. zu den Regelungen der §§ 59 ff. StGB im besonderen bestimmt werden.

III. Die Zulässigkeit der schuldunterschreitenden Reaktion

1. Schuldunterschreitung und Straffolgensystem

Das Strafgesetzbuch enthält zwei ausdrückliche

30.) Hervorhebungen vom Verfasser

Bestimmungen, in denen eine Reaktion festgelegt wird. Die Fassung des Gesetzes schließt zumindest nicht aus, daß diese Reaktionen auch schuldunerschreitend sein können, nämlich die Bestimmungen der §§ 59 ff. und § 60 StGB.

Sie sind im Zusammenhang mit der allgemeinen Bestimmung des § 46 StGB, hier insbesondere § 46 I Satz 2 StGB, zu sehen und auf ihre Vereinbarkeit anhand der früher getroffenen Feststellungen zum Schuldgrundsatz zu überprüfen.

2. § 60 StGB und der Schuldgrundsatz

§ 60 StGB wird systematisch nicht einheitlich eingeordnet. Während die wohl überwiegende Meinung insbesondere der Kommentare, § 60 StGB als echte Strafzumessungsvorschrift ansieht, wird von Wagner die Ansicht vertreten, daß es sich bei § 60 StGB um ein Institut eigener Art handle, das der Realisierung des Schuldfeststellungsbedürfnisses diene¹.

Zwar ist Wagner darin zuzustimmen, daß dem Schuldpruch eine eigene, repressive Wirkung zukommt².

1.) vgl. Schönke-Schröder, § 16, RN 1, zum einen; Wagner, GA 72, S. 33 ff. (S. 38) zum anderen

2.) Wagner aaO, S. 34, insbesondere im Anschluß an Waiblinger, Der rechtliche Charakter und die Bedeutung der Schuldigerklärung im Strafprozeß in Pfenninger Festschrift 1956, S. 157 ff.

Die von ihm daraus gezogene Schlußfolgerung, daß die Skala strafrechtlicher Reaktionsmöglichkeiten durch § 60 StGB in der Weise erweitert worden sei, daß ein eigenes strafrechtliches Reaktionsinstitut geschaffen worden ist, erscheint jedoch nicht überzeugend. Zwar läßt sich § 60 StGB, wenn man will, durchaus so verstehen, doch wird nicht richtig deutlich, warum hier ein eigenes neues Institut begrifflich geschaffen werden soll, solange sich § 60 StGB zwanglos in das überkommene System einordnen läßt. § 60 StGB setzt nämlich zunächst Schuldfeststellung voraus, wie jede Strafzumessung zunächst den Schuldspruch voraussetzt. Das Absehen von Strafe ist echte Strafzumessungstätigkeit, genauso wie das Verhängen einer Geldstrafe in Höhe von beispielsweise 180 Tagesätzen. Diese Strafzumessungstätigkeit muß dann wieder mit den gleichen Kriterien beurteilt bzw. vorgenommen werden, die anhand von § 46 StGB der Gesetzgeber zumindest dem Rahmen nach nunmehr vorgibt. Der Unterschied der Auffassung von Wagner beruht nur noch darauf, daß letzterer eine Verselbständigung des Schuldspruches vornimmt, ohne jedoch hierfür überzeugende Gründe anführen zu können. Ein solch verselbständigter Schuldspruch müßte aber andererseits selbständig als repressive Strafe begriffen werden, was im Verhältnis zu §§ 59 ff. StGB widersprüchlich wäre. Wie oben ausgeführt ist § 59 StGB materiell keine Strafe, obwohl die Schuld des Täters gleichermaßen festgestellt wird.

a) Stellungnahme der Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung geht ersichtlich davon aus, daß das Absehen von Strafe, d.h., die konkret angestellte Überlegung, die Strafe sei mangels eines Strafbedürfnisses nicht erforderlich, echte Strafzumessung darstellt. In einer grundlegenden Entscheidung des OLG Karlsruhe für die Fragen der Strafzumessung und der Revisibilität der Strafzumessungsgründe geht es auch um § 60 StGB, wobei die Anwendung des § 60 StGB in Ausfüllung der Kriterien des § 46 StGB erfolgt³. So heißt es ausdrücklich, daß eine Strafe offensichtlich dann verfehlt sei, wenn sich bei einer Abwägung aller für die Strafzumessung nach § 46 StGB maßgebenden Gesichtspunkte einem verständigen Beobachter das Urteil aufdränge, daß eine strafrechtliche Sanktion sinnlos sei. Dies ist genau die Übernahme bzw. Fortführung derjenigen Kriterien, die in der Sache darauf zielen, daß § 60 StGB dann anzuwenden ist, wenn keinerlei generalpräventive Wirkung einer Strafe mehr zu erwarten sei⁴.

3.) vgl. OLG Karlsruhe, JR 75, 161 ff., noch zu den früheren §§ 16 bzw. 13 StGB

4.) vgl. hierzu auch Cramer, Juristische Analysen 1970, S. 194

b) § 60 StGB als Instrument der Zweckmäßigkeit?

Maiwald hat hingegen die Ansicht vertreten, daß § 60 StGB Ausdruck der Betrachtung der Strafe als Instrument der Zweckmäßigkeit sei und die Schuld als Maßprinzip der Strafe verlasse⁵. Er hat dabei insbesondere auch verdeutlicht, daß die schuldhaftete Rechtsverletzung ins allgemeine Bewußtsein gehoben werden müsse durch gleichmäßige Anknüpfung gerade an das Verschulden, was dann relativ gesehen auch ein Grenzmaß nach unten bedeute⁶.

Ausgehend vom Wort Kants, daß die Billigkeit der Feind der Gerechtigkeit sei und dieser oft gröblich zusetze, weshalb man ihr nicht zuviel einräumen dürfe, zeigt er den Gegensatz zwischen dem Streben nach individueller Gerechtigkeit und dem typisierenden Unwertgehalt gesetzlicher Tatbestände auf. § 60 StGB sieht er nur deshalb als gerechtfertigt an, weil es sich um eine Maßnahme der Humanisierung des Strafrechts handele⁷.

c) § 60 StGB und der distributive Gerechtigkeitsbegriff

Es fragt sich jedoch, ob dieser grundsätzliche

5.) Maiwald, ZStW 83 (1971), S. 663 ff. (669, 671)

6.) Maiwald, aaO, RN 22, unter Hinweis auf Roxin, JuS 66, S. 383

7.) Maiwald, aaO, S. 686

Ansatz, daß das Maßprinzip der Schuld verlassen werde, bei Anwendung des § 60 StGB überhaupt zutrifft. Richtig ist dies doch nur, wo das Verständnis der Schuld noch ganz in überkommenem Sinne repressiver, schlicht vergeltender Strafe verstanden wird. In diesem Fall muß in freier Abwandlung des Kantischen Beispiels der letzte Täter, der durch die gesamten Folgen der Tat bereits schwer getroffen worden ist - immer noch in dem Maß (Schuld als Maßprinzip!) bestraft werden, daß im Sinne kommutativer Gerechtigkeit, Strafe das Unrecht kompensiert.

Dem qualitativ anderen Schuldverständnis, wird dies jedoch nicht gerecht. Schuld ist Grundlage der Bestrafung in dem Sinne, daß sie das im Tatbestand normierte Unwerturteil begründet und zugleich begrenzt. Als Akt distributiver Gerechtigkeit verstanden, gibt es keine zwingende Notwendigkeit, in absoluten Kategorien Schuldausgleich vorzunehmen, ohne Berücksichtigung der Folgen der Tat und insbesondere ohne Berücksichtigung der weiteren Straf- (nicht mehr nur Neben-) zwecke. Und spezial-präventiv ist bei gegebenen Voraussetzungen des § 60 StGB eine Strafe nicht notwendig; general-präventiv ist die Gefahr der Auflockerung durch die Norm des § 60 nicht zu übersehen, weil die abstrakte Strafandrohung als solche relativiert worden ist. Im konkreten Einzelfall kann dies jedoch nicht

wieder dazu benutzt werden, die Regelung insgesamt abzulehnen. Sondern dort, wo diese speziellen Voraussetzungen des § 60 StGB gegeben sind, ist eine Beeinträchtigung der generalpräventiven Gesichtspunkte bei kommutativer Durchführung der Strafe in den meisten Fällen wohl mehr geeignet, die Anschauung der Allgemeinheit von Gerechtigkeit zu beeinträchtigen als schablonenhafte Anwendung des gesetzlichen Tatbestandes.

3. Ergebnis

§ 60 StGB als Strafzumessungsvorschrift in Verbindung mit der Vorschrift des § 46 StGB (und dem darin enthaltenen gewandelten Verständnis von Schuld, als Akt distributiver Gerechtigkeit) gibt keinen Anlaß die Problematik zu erörtern, ob schuldunterschreitende Strafe überhaupt zulässig ist. § 60 StGB läßt sich nahtlos in das vorgegebene System einfügen.

4. Spannungsverhältnis zwischen den §§ 59, 46 I 2 StGB und dem konstitutiven Schuldgrundsatz

Daß die §§ 59 ff. StGB primär spezialpräventiv orientierte Reaktionsmöglichkeiten sind, wurde bereits eingangs dargelegt⁸.

8.) vgl. oben B III, V, mit weiteren Nachweisen

Weiterhin enthält § 46 StGB in Abs. 1, Satz 2, nunmehr eine ausdrückliche Anerkennung der Beachtung spezial-präventiver Strafzumessungszwecke. Selbst die -oben zitierte- eher restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes formuliert ausdrücklich, daß das erste Strafrechtsreformgesetz für die Bemessung der Strafe eine bedeutsame Schwerpunktverlagerung auf den spezial-präventiven Gesichtspunkt im weitesten Sinne erkennen lasse⁹.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen konstitutiv, also auch als Untergrenze wirkendem Schuldprinzip des § 46 I Satz 1 StGB und der spezial-präventiven Zielrichtung der §§ 59 StGB, ausgedrückt allgemein im § 46 I Satz 2 StGB gilt es aufzuklären.

a) Rigorismus der Rechtsprechung?

Der BGH sagt ohne Einschränkung, daß die Strafe als gerechter Schuldausgleich sich weder nach oben noch nach unten inhaltlich von dieser so verstandenen konstitutiven Schuld lösen dürfe¹⁰. Blei hat dieser Entscheidung in einer Besprechung entgegengehalten, daß sich auch bei Durchsicht aller Materialien zu § 46 StGB ergebe, daß ausdrücklich eine gewisse Flexibilität gewählt worden sei, um eine apodiktische Festlegung zu vermeiden¹¹. Die Entscheidung des BGH ordnet er einem gewissen Rigorismus der

9.) BGHSt 24, 40 ff. (42)

10.) BGH 24, 132-134

11.) B. 1, 11, 71, 165

Rechtsprechung zu, der leicht Gefahr laufe, gesetzgeberische Konsequenzen hervorzurufen, die dann ganz andere (sprich weiterreichende) Folgen hätten als notwendig.

b) Ist Schuldunterschreitung unzulässig?

Gleichfalls gegen jede schuldunterschreitende Reaktion sind - und von diesen Autoren rührt ja der Vorwurf her - Dreher und Maurach. Trotz eines bei Dreher abweichenden Strafzumessungsbegriffs (nämlich eines sozialen Gestaltungsaktes) ist klar, daß eine Unterschreitung, die im Kernbereich nicht mehr Schuldstrafe ist, für ihn nicht in Frage kommt¹². Und auch Maurach ist für den strikten Vorrang der schuldangemessenen Strafe, weswegen der Wortlaut des § 46 StGB für ihn deswegen unzureichend ist, weil verbal auch die Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe möglich ist¹³.

Auf dieser Linie bewegte sich auch Müller-Emmert, der es für nicht ausreichend hielt, den Schuldgedanken für die limitierende Funktion nur nach oben zu verwenden¹⁴.

Ganz entschieden hat sich weiter Schaffstein dafür ausgesprochen, daß jedwede Unterschreitung

12.) Dreher, StGB, § 46, Anm. 12

13.) Maurach AT, S. 106 ff.; 839 ff.

14.) Müller-Emmert, DRiZ 69, 273

des "Spielraums" auf der Basis der "Grundlagenformel" ausgeschlossen sei¹⁵. Für Schaffstein steht die Zweiseitigkeit des Schuldprinzips in der Weise sogar fest, daß er "keinen Zweifel" mehr daran hat, daß dort wo Schuld vorhanden ist, auch notwendigerweise Strafe folgen müsse¹⁶.

Für ihn ist sogar weitergehend noch die Leugnung des Unterschreitungsverbotes gleichbedeutend mit der Verfolgung ausschließlich von Präventionsstrafzumessungsgründen. Er formuliert, wer das Unterschreitungsverbot leugne, müsse bei Fehlen des Präventionszwecks die gesetzliche Mindeststrafe verhängen. Soweit auch keine general-präventive Wirkung mehr notwendig sei, meint er, komme nur ein Absehen von Strafe in Frage. Damit vertritt er im Rahmen des konstitutiven Schuldbegriffs eine extreme Ansicht, ohne aber zu begründen, warum und weswegen eine ausnahmslose Geltung des konstitutiven Schuldbegriffs Platz greifen muß.

Ähnlich dezidiert äußert sich auch Arthur Kaufmann, der in der Zweiseitigkeit des Schuldprinzips nach oben wie nach unten einen Grundsatz der sittlichen Welt postulierte¹⁷.

15.) vgl. Schaffstein, Gallas-Festschrift, S. 99 ff. (105)

16.) Schaffstein, aaO, S. 105

17.) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 208

Auch Bruns hat, obwohl viel zögernder, nachdem er die konstitutive Bedeutung des Schuld-Sühne-Prinzips, also die Weiterentwicklung zum Maßprinzip i.S. der konstitutiven Ober- und Unterbegrenzung betont hat, gemeint, daß mehr für die doppel funktionale, also auch nach unten begrenzende Wirkung des Schuldprinzips spreche. Soweit er sich allerdings dabei auf Jescheck beruft, so neigt dieser in der 2. Auflage seines Lehrbuchs - wie noch zu zeigen sein wird - den Befürwortern einer eingeschränkten Auflockerung dieses strengen Prinzips zu¹⁸.

Bruns meint, daß auch § 46 I Satz 2 StGB dieses fundamental, auch nach unten wirksame Prinzip zunächst nicht beeinträchtigen könne und nur innerhalb der Grenzen des Schuldrahmens die Präventionszwecke uneingeschränkt zur Auswirkung kommen könnten¹⁹.

c) Schuld nur als Obergrenze

Daß die Vertreter derjenigen Richtung, die schon früher dafür eingetreten waren, das Schuldprinzip nur zur Obergrenze der Bestrafung im Sinne des Alternativentwurfs zu machen, eine Unterschreitung des Schuldprinzips aus spezialpräventiven Gründen zuzulassen, liegt auf der Hand. Es erübrigt sich deswegen auch eine besondere Darstellung solcher Stimmen, die sich aus dem

18.) vgl. Bruns, Welzels Festschrift S. 739 ff., 747 unter Hinweis auf Jescheck AT, 2. Auflg., S. 648; abweichend 1. Auflg., § 79 III, 3, S. 562

19.) Bruns aaO, S. 747

Standpunkt dieser Autoren als solchem ergibt²⁰.

5. Schuld und Stellenwerttheorie

Auch für Autoren, die einen grundsätzlich abweichenden Begriff der Strafzumessung vertreten, wie Horn im systematischen Lehrkommentar, ist eine Schuldunterschreitung zulässig. Mit der von Horn vertretenen Stellenwerttheorie, die die Frage der Verhängung von der Vollstreckung strikt trennt und Repression bei der Verhängung als Strafzweck und Prävention als Entscheidungskriterium bei der Vollstreckung anwenden will, wird das herkömmliche Vorverständnis der Strafzumessung verlassen. § 59 StGB ist in diesem Zusammenhang nur auf der zweiten Ebene (Vollstreckung) von Bedeutung. Auf der ersten Ebene, wo schuldadäquate Verurteilung notwendig ist, läßt sich diese Theorie bei Zugrundelegung einer Nichtstrafe = Verwarnung wohl nur mit einem selbständigen Schuldspruch halten, wie er im Anschluß an Waiblinger auch für § 60 StGB von Wagner angenommen wurde²¹. Dieser selbständige, repressive Schuldspruch ist aber mit dem nicht repressiven, keine Strafe bedeutenden Schuldspruch des § 59 unvereinbar²². Dem Ansatz soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

20.) vgl. für alle Roxin, JuS 66, S. 377 ff. (385)

21.) Wagner, GA 72, 33 ff. mit Nachweisen

22.) vgl. oben D III 2

6. Unterschreitung im Ausnahmefall möglich?

Weniger eindeutig hat sich Henkel geäußert. Er befürchtet zwar, daß bei Unterschreitung aus spezial-präventiven Gründen jede Hoffnung auf eine annähernd gerechte Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle schwindet, hält aber Ausnahmen für denkbar²³.

Eine Unterschreitung wird weiterhin aber auch zum Teil von denjenigen Autoren für zutreffend, zulässig und richtig gehalten, die grundsätzlich den konstitutiven Schuldbegriff teilen. So hat insbesondere Gallas ausgeführt, daß ein starres Festhalten an der Ausschöpfung des vollen Schuldmaßes oft nicht der Verpflichtung der Gesellschaft zur Mitverantwortung für den Verbrecher gerecht werde²⁴. Daraus folgert er, daß die Behandlung des Täters dort, wo die Gefahr seiner Entsozialisierung bestehe (und das exakt meint § 46 I Satz 2 StGB!) die Strafe nicht mehr nach der Schuld zu bemessen sei, sondern auf einen Teil der an sich verdienten Strafe verzichtet wird. Dieser Gedanke liegt zumindest teilweise auch der schuldsystematisch zulässigen Regelung des § 60 StGB zugrunde.

a) gesetzgeberische Vorbedingung für Unterschreitung

Gallas sieht also ganz klar, daß er den konsti-

23.) Henkel, Recht und Staat, Heft 381, 382, S. 43 ff. (47)

24.) vgl. Gallas, ZStW 80 (1968), S. 1 ff. (4)

tativ höher liegenden Strafraumen seines Schuldbegriffs verläßt. Um nicht den allgemeinen Strafgedanken auszuhöhlen, schränkt er auch dahingehend ein, daß solche Unterschreitung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müsse²⁵.

Auch Henkel hat gegen das Verständnis des konstitutiven Schuldprinzips Einwendungen erhoben, wenn darunter ein volles Ausschöpfen des Strafmaßes, insbesondere an der Untergrenze verstanden werden soll. Allgemein formuliert er sogar, daß es der Rechtsgemeinschaft durchaus unbenommen bleibe, von der dem Täter aufzuerlegenden Strafe Abstriche zu machen und aus kriminalpolitischen Erwägungen die an sich gerechte Strafe zu unterschreiten²⁶.

Er differenziert dann noch, daß man dieses Prinzip methodisch in zweifacher Weise erledigen könne, und zwar einmal, indem bereits beim Akt der Strafbemessung eine Reduzierung der schuldangemessenen Strafe zulässig sein könne, und andererseits nicht bei der Strafmessung, sondern beim Strafzumessungsvorgang dies stattfinden könne. Dies ist eine Parallele, die sich auch bei Horn wiederfindet, nur daß sie dort zum systematischen Ansatz für die gesamte Strafzumessungslehre gemacht wird, und die auch für die Rechtfertigung der Strafzumessung "Null" bei § 60 StGB diene²⁷.

25.) Gallas, aaO, S. 4

26.) Henkel, Recht und Staat, Heft 381, 382, S. 45, insbesondere auch Fußnote 83, mit umfangreichen weiteren Nachweisen

27.) vgl. oben D III 2

Auch Jescheck hat in der 2. Auflage seines Lehrbuches eine Strafunterschreitung nur dann als unzulässig angesehen, wenn das Verbot der übermäßigen Abweichung verletzt ist²⁸. Zusammen mit den dort geäußerten erheblichen Bedenken gegen die Ausschöpfungsklausel im Alternativentwurf und der Formulierung, daß es keine festen Grenzwerte der gerechten Strafe nach unten oder oben gäbe, ist er gleichermaßen denjenigen Stimmen zuzuordnen, die im Grundsatz am konstitutiven Schuldbegriff festhalten, ohne daß jedoch Ausnahmen ausgeschlossen werden; denn systematisch liegt in einer eng umgrenzten, zumal noch gesetzlich vorgegebenen Ausnahme wie der Regelung des § 59 StGB, sicher keine übermäßige Abweichung.

b) aufgelockertes Schuldprinzip

Schließlich wollte auch Horstkotte § 46 StGB so verstehen, daß er eine Unterschreitung nur in Ausnahmefällen zuläßt²⁹.

Damit wird zugleich eine weitere Dimension der Bedeutung der Vorschrift des § 46 I Satz 1 StGB deutlich. So wenig nämlich, wie die Grundlagenformel mit dem alten Schuldüberschreitungsverbot des E 59 identisch ist (aufgelockertes Schuldprinzip!), so wenig gilt dieser konstitutive

28.) Jescheck AT (2. Auflg.), S. 648

29.) vgl. Horstkotte, JZ 70, 122 ff.

Schuldbegriff als an der Untergrenze absolut, und undurchbrechbar³⁰.

IV. Würdigung

1. Die Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz

Bei Würdigung dieser Meinungen ist der eingeschränkten Mittelmeinung der Vorzug zu geben.

a) gesetzliche Durchbrechung

Es entspricht dem Wesen des aufgelockerten, konstitutiven Schuldbegriffs, daß die Schuld eben nicht mehr absolute Grenze, sondern Grundlage ist. Schon begrifflich läßt sich deswegen argumentieren, daß Ausnahmen zulässig sein müßten.

Ausnahmen, die einen so elementaren Grundsatz wie das Schuldprinzip einschränken, bedürfen aber in jedem Fall - und hier ist sowohl Gallas als auch Henkel zuzustimmen - der gesetzlichen Bestimmung.

§ 59 StGB ist aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung eine solche aus spezial-präventiven Erwägungen aufgenommene

30.) vgl. Horstkotte, JZ 70, 122; in diesem Zusammenhang auch Kunert, NJW 70, 537, der den Ausnahmecharakter betont.

Bestimmung, die also diesem Erfordernis ausreichend Rechnung trägt.

b) Verwirklichung von § 46 I 2 StGB

Jede Auslegung, die derart stringent ist, daß sie eine Schuldunterschreitung auch durch Gesetz nicht zuläßt, verabsolutiert im Endeffekt einen Schuldbegriff, der § 46 I Satz 2 StGB illusorisch machte. Die in § 46 I Satz 1 StGB enthaltene Grundlagenformel kann nicht zunächst so interpretiert werden, daß die konstitutive Untergrenze nicht unterschritten werden kann, weil sonst der spezial-präventive, eine Einschränkung enthaltende zweite Satz u.U. völlig wirkungslos würde. § 46 I Satz 2 StGB zielt nämlich ersichtlich nicht auf die Gefahr spezial-präventiver Überschreitung der Strafe, sondern darauf, daß das Maß der Schuld nicht völlig ausgeschöpft werden muß.

c) Schlußfolgerungen

§ 46 I Satz 1 StGB muß deswegen in Übereinstimmung mit den oben dargelegten Stimmen wie folgt verstanden werden:

aa) Ohne gesetzliche Ermächtigung können innerhalb des Spielraums der Strafzumessung spezial-präventive Überlegungen wirksam werden.

Die Grundlagenformel bestimmt zunächst die

schuldadäquate Strafe, wobei es sekundär ist, ob man diesen technischen Vorgang sozialen Gestaltungsakt, Spielraumtheorie oder Punktstrafe nennt. Durch die deutliche Akzentverschiebung der Strafzwecke hin zu einer mehr gleichberechtigten Berücksichtigung auch spezial-präventiver Gesichtspunkte sind bei der konkreten Festlegung auch diese Strafzwecke angemessen zu berücksichtigen, wobei jedoch im Regelfall festzuhalten ist, daß die Berücksichtigung solcher spezial-präventiver Strafzwecke niemals zu einer im Wesen höheren oder niederen als der Schuldstrafe führen kann.

§ 46 I 2 StGB ist generell Strafzumessungsakt innerhalb des Spielraums bzw. ist Faktor beim sozialen Gestaltungsakt.

- bb) Die Bedeutung des § 46 I Satz 2 StGB beschränkt sich jedoch nicht auf die konkrete Anwendung im Strafzumessungsfall innerhalb des Spielraums, sondern die Norm verkörpert zugleich das Prinzip, im Verhältnis zur Vorschrift des Satzes 1. Dabei hat dieser zweite Satz des § 46 Abs. I eine direkte Beziehung zu § 59 StGB. Die Zulässigkeit der Schuldunterschreitung ist als eine spezielle Ausprägung des Grundsatzes des Satzes 2 des § 46 zu verstehen, nämlich der gesetzlich eingeräumten, ausnahmsweise als zulässig angesehenen Schuldunterschreitung.

Systematisch richtig hat der Gesetzgeber deswegen den § 59 StGB als Ausnahmevorschrift konzipiert und nicht wie - im dortigen System wieder folgerichtig - § 57 Alternativentwurf eine allgemeine Eingangsstufe geschaffen. In diesem Licht ist auch die general-präventive Vorbehalt-klausel des § 59 I Ziff. 3 zu verstehen.

Aus diesem Grund ist die Vorschrift des § 59 nicht als fundamentale Durchbrechung des das Erwachsenenstrafrecht beherrschenden Schuldgrundsatzes aufzufassen, sondern als eine Regelung, die dem gewandelten Verständnis des Schuldbegriffs entspricht. Dem gewandelten Schuldbegriff trägt sie stärker Rechnung, weil spezial-präventiv orientierte Gesichtspunkte in einem speziellen Sonderfall berücksichtigt werden.

Die Vorschrift des § 59 StGB ermöglicht nämlich, daß § 46 I Satz 2 StGB tatsächlich nur innerhalb des konstitutiven Schuldrahmens Anwendung finden kann, weil im Regelfall die Schulduntergrenze auch aus spezial-präventiven Gründen nicht unterschritten werden darf. Für den Ausnahmefall hat der Gesetzgeber ein ausdrückliches Institut unter weiteren Voraussetzungen geschaffen. Diese Regelung ist bei weitem vorzuziehen einer Regelung, die das Institut nicht verwirklicht hätte und/oder nur die stärkere

Mitberücksichtigung spezial-präventiver Gesichtspunkte vorgesehen hätte.

Es ist mit Sicherheit abzusehen, daß bei solchen Vorzeichen in Fällen, die heute dem Anwendungsbereich der §§ 59 StGB zugeordnet werden können und vermutlich auch in Fällen mit geringerem Ausnahmecharakter, unter Berufung auf die stärkere Berücksichtigung spezial-präventiver Zwecke versucht worden wäre, dem dadurch Rechnung zu tragen, daß § 46 I 2 StGB nicht nur innerhalb des Schuldrahmens, sondern seinerseits "konstitutiv" zur Durchbrechung der Schulduntergrenze allgemein Anwendung gefunden hätte.

Der Versuch die Strafzweckantinomie im Bereich der Strafzumessung auf der Grundlage eines Kompromisses zu lösen, und das ist die Regelung des § 46 StGB mit dem oben geschilderten Verständnis nämlich, macht ein Institut wie § 59 StGB gleichermaßen wie ein Institut wie § 60 StGB sogar notwendig. Eine Vorschrift wie §§ 46 I Satz 2 kann nur dann im Rahmen des gelockerten Schuldbegriffs vertreten werden, wenn in Ausnahmefällen materielle, gesetzlich geregelte Durchbrechungen vorhanden sind. Ansonsten wäre § 46 I 2 StGB der Punkt, an dem das Schuldprinzip im Erwachsenenstrafrecht Gefahr liefe, beseitigt zu werden.

d) materiell-rechtlich eingeschränkte Lösung

Weiterhin ergibt sich aus diesen Feststellungen,

daß die Frage der materiell-rechtlichen/prozess-rechtlichen Erledigung vom deutschen Gesetzgeber, wie schon ausgeführt worden war, zwar weniger radikal gelöst worden ist, dafür aber wohl evolutionär aus der Dogmatik entwickelt werden konnte. Die Einführung genereller, materiell-rechtlicher Erledigungstatbestände für Regelfälle (Bagatelldelikte oder ähnliches) führt nämlich notwendigerweise auch dazu, eine Antwort zu finden, wie man dies mit einem konstitutiven Schuldprinzip vereinbaren will. Begrifflich ist Diebstahl auch geringer Mengen immer Diebstahl und solcher erfordert auch immer mindestens die Sanktion an der unteren Grenze dieses Schuldbereichs. § 59 StGB realisiert deswegen die stärkere Berücksichtigung spezialpräventiver Gesichtspunkte und gewährleistet zugleich den gelockerten Schuldbegriff, indem es sicherstellt, daß § 46 I 2 StGB ohne zusätzliche, ausführende Norm nicht taugt zur schuldunterschreitenden Festsetzung von Strafe.

2. Die Stellung im Straffolgenkatalog

Die Würdigung des Instituts der Verwarnung mit Strafvorbehalt macht es notwendig auf das Spannungsverhältnis zwischen der einerseits in der Praxis festzustellenden Bedeutungslosigkeit der Erweiterung des Straffolgenkataloges und den andererseits hohen Erwartungen, die mit der Schaffung des Institutes verbunden waren, einzugehen. Es fragt sich, warum ein Institut, das auch nach der hier vertretenen An-

sicht dem Wesen des aufgelockerten, konstitutiven Schuldbegriffs entspricht, ja dessen Existenz § 46 I Satz 2 StGB überhaupt erst praktikabel macht, in der Praxis mehr oder weniger nicht angewandt wird.

Betrachtet man das Straffolgensystem, wie es der neue allgemeine Teil des Strafgesetzbuches geschaffen hat in einer Gesamtschau, so ergibt sich, daß ein mehrfach abgestuftes Reaktionsinstrumentarium zur Verfügung steht.

Das Gesetz kennt bereits bei der Freiheitsstrafe neben der Unterscheidung in die lebenslange und die zeitige Freiheitsstrafe die Möglichkeit der Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung. Dabei kann die Bewährungsregelung mit Auflagen und Weisungen versehen werden.

Der Bogen der Möglichkeiten spannt sich dann weiter zur Geldstrafe, die neben der Freiheitsstrafe, aber auch ohne diese verhängt werden kann. Die Geldstrafe ist entweder sofort in voller Höhe zu entrichten, sie kann aber auch gestundet werden oder es wird auf entsprechenden Antrag hin Ratenzahlung bewilligt.

Schließlich kann das Gericht auf Absehen von Strafe oder die Verwarnung mit Strafvorbehalt erkennen.

Daneben kennt das Gesetz noch die Nebenstrafe des Fahrverbots bzw. die Nebenfolgen der §§ 45 - 45b StGB.

Nimmt man noch die spezialpräventiver Zwecksetzung Rechnung tragenden Maßregeln hinzu, so ergeben sich bereits eine Vielzahl von Reaktionsmöglichkeiten, die durchaus ein subtiles Eingehen auf den Einzelfall erlauben.

Schließlich sind in diesem Zusammenhang noch die prozessualen Erledigungsmechanismen der §§ 153 - 153b StPO zu berücksichtigen, die in Teilbereichen der Kriminalität - insbesondere bei Anwendung von § 153a StPO - den Reaktionskatalog erweitern.

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt ist in diesem abgestuften Reaktionskatalog von den gesetzlichen Voraussetzungen her (Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen) so eingeschränkt, daß nur noch ein minimaler Anwendungsbereich denkbar ist.

Sie konkurriert dabei mit der Geldstrafe, die das Gericht nach individuellen Gesichtspunkten entweder teilweise stunden oder in Raten abtragen lassen kann.

Sie konkurriert, was die Problematik der Vermeidung des Strafmakels angeht, weiterhin mit der Bestimmung des § 153a StPO.

Obwohl § 153a StPO von seinen Voraussetzungen und seiner Wirkung her ganz andere Ziele verfolgt, ist dennoch festzuhalten, daß bei Einstellung gegen Buße aufgrund dieser Bestimmung, die Verhängung einer

Strafe, und damit des Strafmakels vermieden wird.

Dabei ist die Bedeutung dieses Gesichtspunktes für die Verwarnung mit Strafvorbehalt bereits dadurch stark abgeschwächt worden, daß der Strafmakel Geldstrafe im Verhältnis zum Strafmakel der Freiheitsstrafe ungleich leichter wiegt.

Das Argument, die Verwarnung mit Strafvorbehalt stelle eine Bereicherung des Straffolgenkataloges dar, weil damit die Möglichkeit geboten werde, einem besonders geeigneten Delinquenten den Strafmakel zu ersparen, rührt aus der 4. Wahlperiode des Sonderausschusses her, als die gesetzliche Einschränkung der Verhängung kurzfristiger Freiheitsstrafen noch nicht beschlossen war. .

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt muß also mit dem "Geburtsfehler" leben, daß das wesentlichste Argument für ihre Einführung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes durch die Entwicklung im Sonderausschuß, wenn auch nicht völlig weggefallen, so doch stark ausgehöhlt worden war. Die Einschränkung der Verhängung von Freiheitsstrafen in Verbindung mit der Regelaussetzung der Vollstreckung kurzfristiger Freiheitsstrafen zur Bewährung nahm der Verwarnung mit Strafvorbehalt in ihrer ursprünglichen Konzeption entscheidend an Anwendungsbreite.

Darüber war sich der Sonderausschuß Strafrecht im Grundsatz auch im klaren, da die Verwarnung mit Strafvorbehalt in der Gesetz gewordenen Form ausschließlich

auf Geldstrafen bis zu 180 Tagesätzen beschränkt wurde.

Es fragt sich, ob es nicht konsequent gewesen wäre, nach den Beschlüssen zur kurzfristigen Freiheitsstrafe und der Regelaussetzung der Vollstreckung kurzfristiger Freiheitsstrafen zur Bewährung auch die gesamte Frage des Anwendungsbereiches der Verwarnung mit Strafvorbehalt noch einmal zu diskutieren. Der Ausschuß tat dies nicht, wohl nicht zuletzt auch deswegen, weil gerade die Auseinandersetzung um die Verwarnung mit Strafvorbehalt die gegensätzlichen Fronten innerhalb des Ausschusses hatte erkennen lassen.

Eine erneute Diskussion hätte darüberhinaus ein weiteres, inhaltlich vom Ausschuß zu diesem Zeitpunkt ansonsten bereits "abgehaktes" Thema wieder aufleben lassen: Die Möglichkeit einer Regelung der Aussetzung der Vollstreckung von Geldstrafen zur Bewährung.

Ganz kann man sich in diesem Zusammenhang des Eindrucks nicht erwehren, daß die vom Ausschuß inhaltlich verworfene Aussetzung der Vollstreckung von Geldstrafen zur Bewährung inhaltlich damit kompensiert wurde, daß die Verwarnung mit Strafvorbehalt beibehalten wurde, obwohl die Vermeidung des Strafmakels der Freiheitsstrafe weggefallen war und sich die Bedeutung des Instituts auf die Vermeidung des Strafmakels der Verhängung einer Geldstrafe reduzierte.

Die Annahme, daß die Verwarnung mit Strafvorbehalt - soweit sie in der Praxis nunmehr überhaupt vorkommt - zumindest inhaltlich in die Nähe einer Bewährungsregelung für Geldstrafen gerät, zeigt die ansonsten wohl nicht zu erklärende Tatsache, daß das Institut bei Frauen wesentlich häufiger Anwendung fand, als bei männlichen Erwachsenen.

Bei Frauen macht die Verwarnung mit Strafvorbehalt "immerhin" 0,30% der Verurteilungen aus.

Da es bei Frauen im Verhältnis zu männlichen Erwachsenen wesentlich mehr Personen gibt, die bei Verhängung einer Geldstrafe mangels eigener Erwerbstätigkeit die Geldstrafe nicht aufbringen könnten und deswegen die Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen müßten, wird vermutlich die Verhängung der Verwarnung mit Strafvorbehalt stärker berücksichtigt.

Die aus den empirischen Erfahrungen mit der Anwendung der Norm gewonnenen Ergebnisse und die darauf gegründeten Überlegungen berühren jedoch das inhaltliche Verständnis des Instituts nicht.

E ZUSAMMENFASSUNG

Das Ergebnis der Untersuchung läßt sich deswegen wie folgt zusammenfassen:

1. Das Institut der Verwarnung mit Strafvorbehalt ist nach gegensätzlicher Einschätzung in der Großen Strafrechtskommission und im Sonderausschuß Strafrechtsreform Gesetz geworden. Es findet in der Praxis bisher kaum Anwendung.
2. Ist man sich über die grundsätzlichen theoretischen Gestaltungsmöglichkeiten eines solchen Instituts im klaren, so zeigt sich bei historischer Betrachtung, daß im englischen Rechtskreis ähnliche Rechtsinstitute zur Verfügung standen, die qualitativ als echte Vorläufer verstanden werden können.
3. Von den für die Bedeutung und Auslegung des Instituts maßgeblichen Motiven hat heute nur noch das Bemühen um ein Vermeiden des Strafmakels Bedeutung. Alle übrigen in der Diskussion erörterten Gesichtspunkte haben sich entweder erledigt oder betreffen Varianten, die nicht Gesetz geworden sind.
4. Hauptargument der Gegner des Instituts ist der Vorwurf, § 59 StGB verstoße gegen das Schuldprinzip. Hier wird nicht nur gerügt, daß die Sanktion nicht kommensurabel sei, sondern auch, daß über das "Ob" der Strafe mit nicht schuldrechtsadäquaten Kriterien entschieden werde.

In diesem Zusammenhang wird auch die Frage des Verhältnisses des § 59 StGB zur Erledigungsmöglichkeit des gleichen Sachverhalts durch prozessuale Institute (§§ 153, 153a StPO) relevant.

5. Im Zuge der Untersuchung ist zunächst festzuhalten, daß § 59 StGB keine Strafe, also keine Mißbilligung des Gesetzes im Sinne einer Strafe darstellt.

Das Institut verstößt auch nicht gegen das richtig verstandene Legalitätsprinzip, die Regelung ist also prozessual legitim.

Dies folgt insbesondere daraus, daß dem Legalitätsprinzip ein Verständnis distributiver Gerechtigkeit und nicht kommutativer Gerechtigkeit zugrunde liegt.

Die Regelung des § 59 StGB dient im Verhältnis zu den Regelungen der §§ 153, 153a StPO der Erledigung außerordentlicher, im materiellen Teil des Strafgesetzbuches besonders normierter Fälle, während die im prozessualen angesiedelten Einstellungsmöglichkeiten materiell-rechtliche Normen zur Bewältigung bestimmter Massen- (bzw. Bagatelldelikte auf der Eingangsstufe der Kriminalität darstellen. Die §§ 153, 153a StPO sind dabei als Entscheidungen antizipierter Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidung anzusehen.

6. Die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Schuld-

grundsatz stellt sich schließlich nur insoweit, als das Schuldprinzip nicht nur in einer die Strafe nach oben limitierenden Weise verstanden wird, sondern auch konstitutiv eine Untergrenze angenommen wird. Bei einer Untersuchung der Entwicklung, nicht zuletzt im Rahmen der Reformgesetzgebung, zeigt sich, daß neben Vertretern eines streng konstitutiven Schuldbegriffs und solchen, die den Schuldbegriff lediglich strikt als Obergrenze verstehen, auch die Möglichkeit des Verständnisses besteht, daß der Schuldbegriff des aufgelockerten Legalitätsprinzips (Maßstab distributive Gerechtigkeit) grundsätzlich zwar konstitutiv auch in der Schaffung einer absoluten, schuldabhängigen Untergrenze ist. Dies darf aber nicht als starres Dogma begriffen werden, sondern als Regelmechanismus, für den unter gewissen, allerdings notwendig gesetzlich geregelten Ausnahmen auch Durchbrechungen möglich sind.

§ 46 I Satz 2 StGB ist in Verbindung mit den Regelungen der §§ 59 und 60 StGB die gesetzgeberische Realisierung der Durchbrechung des konstitutiven Schuldprinzips in der Weise, daß die durch den Gesetzgeber vorgenommene deutliche Akzentverschiebung der Strafzweckaussage insoweit mit dem konstitutiven Schuldbegriff in ein sinnvolles Regel-Ausnahmeverhältnis gebracht werden kann.

Der von der Rechtsprechung sehr schnell betonte konstitutive, untere Schuldrahmen steht einem solchen Verständnis nicht entgegen, weil es eben den Regelfall darstellt. In der Aussage als Regelfall steckt begrifflich bereits die Möglichkeit der Durchbrechung, nur gesetzlich typisiert durch § 59 StGB.

Die relative Bedeutungslosigkeit des Instituts erklärt sich aus der im Gesetzgebungsverfahren erfolgten Regelung zur kurzfristigen Freiheitsstrafe und der Regelung zur Aussetzung der Vollstreckung kurzfristiger Freiheitsstrafen. Die Bedeutung des § 59 StGB wurde dadurch auf die Vermeidung des Strafmakels der Geldstrafe reduziert, wo die Norm zudem noch mit der - anderen Voraussetzung folgenden - insoweit gleich wirkenden Bestimmung des § 153a StPO konkurriert. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt hat deswegen in der Praxis keine Bedeutung gewonnen.

L E B E N S L A U F

Ich wurde am 11.6.47 als Sohn des Journalisten Helmut Braun und seiner Ehefrau Pia-Rose in Heidenheim an der Brenz geboren.

Nach dem Besuch der vierjährigen Volksschule trat ich zunächst in das Hellenstein-Gymnasium in Heidenheim ein. Ab der Quinta besuchte ich das private, staatlich anerkannte mathematisch naturwissenschaftliche Gymnasium "Urspringschule". Dort legte ich im Sommer 1967 die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1967/68 nahm ich das Studium der Rechte an der Albert-Ludwig-Universität in Freiburg auf. Nach dem Sommersemester 1972 legte ich die erste juristische Staatsprüfung, nach Absolvierung des zweijährigen Vorbereitungsdienstes im Dezember 1974 die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit Januar 1975 bin ich als Rechtsanwalt beim Landgericht Baden-Baden und seit April 1979 zugleich beim Landgericht Offenburg als Rechtsanwalt zugelassen mit dem Kanzleisitz in Achern.

